

習慣法之形成、承認與效力*

——談 Siegfried Brie 之「習慣法之學說」

黃松茂**

摘要

有關習慣法之學說，國內文獻習於連結至歷史法學派以「民族精神」為中心之理論。在德國民法即將施行之際，一本以習慣法為主題之論著問世：Siegfried Brie之「習慣法之學說」。此書追溯自古典羅馬法至中世紀以來習慣法學說之發展，為德國就習慣法學說史研究之基礎文獻，但從未受到國內學說之關注，值得加以介紹。依Brie之研究，中世紀法學家並未如Georg Friedrich Puchta所言，採取敵對習慣法之立場；註釋法學派、後註釋法學派及教會法學均各自建構其習慣法之理論。依Brie之觀察，形成習慣法之主體，並非浪漫主義式的民族（Volk）；部族、鄉村、城鎮、行會、行省、封建領地，乃至整個帝國，甚而個別教會及整個教會階層體系，均屬可發生習慣法之範疇。習慣法並非依民族精神領受，而是一項經歷相當期間、拘束一地或一群人法律生活之事實。此外，共同法與固有法非可截然二分，德意志法學家並未因繼承羅馬法而排斥固有之習慣法，發展其固有法時亦常借用羅馬法及教會法之概念。

* 投稿日：2019年2月25日；接受刊登日：2019年10月2日。〔責任校對：莊佩芬〕。

本文乃筆者參與吳宗謀副研究員主持之「應用法律史知識開發法律實務上適用原住民族習慣之概念工具」研究計畫，當中涉及歐陸習慣法學說部分之研究成果。承蒙計畫主持人之啟發，並於中研院法律所個人年度學術研討會惠受各方寶貴指教，於此謹致謝忱，惟文責仍由筆者自負。

** 中央研究院法律學研究所助研究員。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/01612002.pdf>。



關鍵詞：習慣、習慣法、羅馬法、註釋法學派、教會法、德意志法、時效。

目次

- | | |
|------------------------------|---|
| 壹、前言 | 三、形成習慣法之要素 |
| 貳、Siegfried Brie之著作 | 四、習慣法之效力 |
| 一、Brie著作之重要性 | 陸、教會法 |
| 二、von Savigny、Puchta與Brie之比較 | 一、概論 |
| 三、法源論(Rechtsquellenlehre)之觀點 | 二、自然法及理性作為習慣法之限制 |
| 四、Siegfried Brie著作之梗概 | 三、習慣法對抗成文法之效力及 <i>legitima praescriptio</i> 之要求 |
| 參、羅馬法 | 四、習慣法之效力 |
| 一、概論 | 柒、中世紀教會法學(Kanonistik) |
| 二、用語問題 | 一、概論 |
| 三、形成習慣法之要素 | 二、形成習慣法之要素 |
| 四、習慣法之效力 | 捌、中世紀之德意志法 |
| 五、對Brie觀察之評價 | 一、概論 |
| 肆、註釋法學派 | 二、用語問題 |
| 一、概論 | 三、形成習慣法之要素 |
| 二、形成習慣法之要素 | 四、習慣法之效力 |
| 三、習慣法之效力 | 玖、羅馬法繼受時期德意志法學家之立場 |
| 伍、後註釋法學派 | 拾、結論 |
| 一、概論 | |
| 二、習慣法形成及效力之主觀範圍 | |

壹、前言

習慣（法），因民法第1條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」而在我國法秩序中擁有一席之地。然而「習慣（法）」之內涵為何，民法並無進一步之說明，遍查民法典，只能發現更多指示性質之條文。例如民法第372條規定：「價金依物之重量計算者，應除去其包皮之重量。但契約另有訂定或另有習慣者，從其訂定或習慣。」儘管如此，最高法院卻曾有如下判例：「習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎」（最高法院17年上字第613號民事判例）。此等建立習慣法之要件從何而來，相關判解亦付之闕如。學說上常見之見解則更進一步限縮習慣法之生存空間，認為除「多年慣行之事實」及「普通一般人之確信心」外，尚須經國家之承認，始具有法之拘束力¹。或認為習慣法抵觸成文法時，不能認為有法之效力²。又民事訴訟法第283條規定：「習慣、地方制定之法規及外國法為法院所不知者，當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之。」依其文義，如法院未行使該職權，仍應由主張習慣法之一方承受該習慣法不存在之不利益。然自法官知法原則（*iura novit curia*）之觀點，若承認習慣法亦具有法之位階，為何仍課予當事人舉證之責任³？

1 李太正等，法學入門，15版，頁116（2014年）。

2 最高法院37年上字第6809號民事判例：「習慣僅於法律無明文規定時有補充之效力。」；王澤鑑，民法總則，增訂新版，頁73（2014年）。

3 查民事訴訟法第283條立法理由謂：「查民訴律第三百四十三條理由謂本國之現行法，為審判衙門所應知者，故當事人毋庸證明。若外國之現行法及慣習法，則非審判衙門所當知者，故當事人應證明審判衙門所不知之外國現行法及慣習法，例如提出領事之證明書是也。調查外國現行法及慣習法，與調查事實不同，應令審判衙門得自由調查，其調查範圍，不可以當事人所提出之證據為限。故審判衙門除自行調查外，遇有必要，得咨託法部代為調查。……（德二九三、日二一九、奧二七一、匈二六八）」觀諸立法理由可得出兩點：1. 習慣法雖與制定法同具法之性質，惟非屬法官知法原則中「知」之範圍，換言之，法官對於習慣法並無探知之義務；2. 不同於事實之調查，法院對習慣法之調查，不受當事人所提證據之拘束，得自由選用其他方式探知。歸結言之，法院

再者，民法第2條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或

就認定習慣法存在及其內容之事證蒐集，固得依職權為之、且不受當事人主張或聲明之拘束。惟關於習慣法之存在，法院終究不負探知之義務，否則第283條「當事人有舉證之責」即失其意義。例如最高法院40年度台上字第1945號民事判決謂：「嘗產之處分，就公同共有物性質而言，原以有必要情形並得公同共有人全體之同意為有效條件。如依地方習慣，得由各房房長代表全體以為處分者，固亦應認為有效。惟習慣法則之成立，係以習慣事實為基礎，故主張習慣法則以為攻擊防禦方法者，自應依主張事實之通例，就此項慣行為該地方人均認其有拘束其行為之效力之事實，負舉證責任。如不能舉出確切可信之憑證以為證明，即不能認為有此項習慣之存在。」

至同院19年上字第916號民事判例謂「習慣法則之存在與否，除主張之當事人依法提出證據外，法院應依職權調查之」，依前述立法理由及判例文字前後脈絡，應解為法院關於習慣法之事證調查不受當事人主張及聲明之拘束，始合於法律規定。

德國民事訴訟法第293條規定：「外國之現行法、習慣法及自治規章(Statuten)僅於其為法院所不知時，始有證明之必要。法院於調查前述法規範時，不受當事人聲明證據之拘束；法院有權使用其他探知來源，並得為使用該來源之目的為命必要處置。」依其文義，法院並無依職權調查外國法及習慣法之義務。惟依Hanns Prütting, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 1, 5. Aufl., 2016, § 293 Rn. 12, 德國通說及實務認為，事實審法院就外國法應依職權加以調查(„vom Amts wegen festzustellen oder zu ermitteln“)。另一方面，實務見解(BGH, NJW-RR 2002, S. 1359 (1360))亦指出，法院就外國法之探知乃「合義務性裁量」(das pflichtgemäße Ermessen)，法院應窮盡所有探知之來源，其行使裁量權始無違誤，否則即屬程序違法，構成上訴第三審事由。但德國文獻亦坦言，縱經此程序，外國法為何陷於不明(*non liquet*)之情況，終無從完全避免，此際僅可確定，關於事實陷於真偽不明時客觀舉證責任分配法則，並無適用餘地，惟究應如何處理，尚乏定論(Prütting, a.a.O. § 293 Rn. 59 ff.)。

較諸我國法，德國民事訴訟法第293條並無「當事人有舉證之責任」之文字，是以專就習慣法存否及其內容陷於不明之情形而言，至少文義上與我國民事訴訟法第283條間存有顯著差異。然尚非不得認為：縱依德國規定，仍由主張該外國法或習慣法之一造承擔該法存否陷於不明之風險。自法律史觀點，調整、限縮法官依「法官知法原則」所應探知之法的範圍，始於中世紀及前近代「諸法並存」(Rechtsquellenvielfalt)之時代(請參閱下註50 Thibaut之抱怨)，並在嗣後之發展上與法律統一及主權國家之法典化活動產生連結。要求主張外國法及習慣法之一造盡舉證之責，而類似於事實之證明，實為諸法並存狀態下之妥協方案之一：無從要求在大學中僅習得羅馬法及教會法之法官，有能力遍察各地方之自治規章及慣習。其間扮演關鍵角色者為是否形諸文字記錄：成文之羅馬法及教會法適用法官知法原則，地方之自治規章及慣習，如業已形諸文字紀錄，亦可大幅降低證明難度。習慣法證明之法律史觀點並非本文討論範圍，詳細論述請參閱Stephan Meder, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*, 2. Aufl., 2009, S. 183 ff.

善良風俗者為限。」何謂「良俗」及其與「習慣」有何差別，解釋上不無爭議。最高法院向來之判例⁴認為，「賣產應先儘親房」之習慣，有害於經濟流通及經濟發展，不能予以法之效力。然而，何以「經濟流通」及「經濟發展」得被視為「公共秩序」或「善良風俗」？

國內文獻關於習慣法學說之探討，習於將習慣法連結至19世紀歷史法學派⁵。然而，姑不論浪漫主義式之「民族精神」（*Volkesgeist*）作為習慣法效力基礎之觀點在德國學說上早已式微，經Alfred Manigk提出、並經Alf Ross再度確認的觀點是，並非民族精神，毋寧由法律專家所執掌之「法學」（*Rechtswissenschaft*），才是Friedrich Carl von Savigny法源理論之核心⁶。von Savigny以降之學說討論，則集中在慣行與法之確信孰重孰輕，以及是否應以共同體之意志（*Wille einer Gemeinschaft*）或國家意志（*Staatswille*），取代法之確信，作為習慣法之效力基礎⁷。然而，其討論與其說探求習慣法之效力基礎，毋寧是尋求制定法與習慣法共同之效力基礎，欠缺真正自民族法意識觀察習慣法之觀點。其所預設者，乃一國、一民族共同之意志，未必切合於多元族群之臺灣社會，德國自身亦面臨自多元族群而來之法律衝突⁸。甚而，在現代國家之法秩序

4 如最高法院30年渝上字第191號民事判例。另值注意者，2019年7月4日修正後施行之法院組織法已廢除判例制度，本判例、前述最高法院37年上字第6809號民事判例及最高法院19年上字第916號民事判例，均因無判決全文可資查考，依同法第57條之1第1項，應停止適用。

5 例如王伯琦，*民法總則*，頁5註2（1992年）；陳協奇，*習慣法之研究——以民法第一條為中心*，東吳大學法律學系碩士論文，頁13（2013年）。

6 *Alf Ross, Theorie der Rechtsquellen*, 1929, S. 137.

7 *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 14. Aufl., 1952, § 38 III, S. 157-159; *Jan Schröder, Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen 1850 und 1930*, in: *Haferkamp/Repgen (Hrsg.), Usus modernus pandectarum, Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*, Klaus Luig zum 70. Geburtstag, 2007, S. 219 (219).

8 例如基於宗教信仰或傳統習俗而對未成年人所施行之性去勢（*Genitalverstümmelung*）或割禮（*Beschneidung*）。在德國，女性割禮完全為法所禁

中，習慣法落得「空洞化」之數落⁹。

以上疑問及矛盾，應足以正當化追溯前揭法律規定及見解之來源。習慣（法）需歷經較長時間之慣行始能形成，特有進行歷史考察之必要。換言之，涉及如何看待經過時間所累積之事物——即如薩維尼所言，「法乃歷史發展之產物」¹⁰。如認為「時間」（「多年慣行之事實」）是形成習慣法不可或缺之要素，應可推認，過去歷史上曾經存在過「諸法並存」之法律狀態，亦即在制定法之外尚有習慣法。事實上，此正係私法法典化以前之常態。以德國為例，在德國民法典誕生以前，在德意志境內同時存在共同法（*ius commune, gemeines Recht*）、成文法律（例如普魯士一般邦法典）、教會法及各地域之習慣法。在此狀態下，發生兩項法律適用上之問題：1. 不同法源間發生適用上之競合時，應適用何者¹¹？2. 習慣法

（參閱BT-Drucks. 17/11295, S. 14），但對於男性割禮，2012年一則科隆地方法院之刑事判決（參閱LG Köln, NJW 2012, S. 2128）引起極大之討論。一對信仰伊斯蘭教之父母令其四歲大之兒接受醫師之割禮，男童於手術前經麻醉，手術過程亦無瑕疵，但男童仍在術後因流血不止而送醫。檢察官以普通傷害罪起訴該名醫師，法院雖認為，環割包皮對男孩造成不可回覆之身體損害，超越憲法所許之父母教養權，故父母之同意不足以阻卻違法，但認為，此項違反兒童福祉之行為，就社會通念來說並非嚴重而被允許（*sozial unauffällig und allgemein gebilligt*），且在歷史上是常見的（*geschichtlich üblich*）。法律適用上，科隆地方法院以被告作為虔誠之穆斯林而受男童父母親基於宗教理由之請求，而基於良心施行環割包皮手術，係陷於「不可避免之禁止錯誤」（*unvermeidbarer Verbotsirrtum*），判決其無罪。最終德國透過新增民法第1631條d之規定，擴大父母親之教養權及於同意因宗教理由對未成年男童施行割禮，間接達成除罪化之結果。立法理由詳閱BT-Drucks. 17/11295, S. 11-13。

9 例如吳從周，論習慣法作為民法的法源——以習慣法的內涵演變與空洞化現象之觀察為中心，收於：民事法學與法律方法（五）——法源理論與訴訟經濟，頁27-41（2013年）；吳從周，試論判例作為民法第1條之習慣法——為我國判例制度而辯護，收於：民事法學與法律方法（五）——法源理論與訴訟經濟，頁97-102（2013年）。吳從周認為，唯有承認判例法為習慣法，方能使法源論上已接近空洞化之習慣法重獲內涵及生命。

10 參閱 *Friedrich Carl von Savigny, Über den Zweck dieser Zeitschrift, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1 (1815), S. 1 ff.

11 源自於13世紀北義諸城邦各自立法，為解決法律衝突所發展出「法則區別說」（*Statutentheorie*）及其後之發展，參閱 *Karl Firsching, Einführung in das*

與主權者所立之法衝突時，其效力為何？前者屬於法律衝突之問題，並非本文關注之焦點¹²。本文所關心者為，在以成文法典為主之國家中，習慣法是否及有多少生存空間之問題¹³。

上述問題之提出，源自於以下觀察：排擠習慣法之立場，源於獨尊國家作為唯一之法來源之觀點，亦即法律乃國家之命令，法律與國家等同¹⁴。18世紀理性法法典之相繼問世，標誌著源遠流長之習慣法歷史發展的谷底¹⁵。植基於理性之國家權力，以及擁有國家權力之統治者，不許其臣民自行創設有異於法典規定之法律狀態¹⁶。1794年普魯士一般邦法典不僅禁止學說及司法判解，同時也禁止透過習慣創設新法或廢棄既有之法律¹⁷；1810年巴登邦法典

internationale Privatrecht, 3. Aufl., 1987, S. 8 ff.; *Gerhard Kegel*, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., 1977, S. 74 ff.

12 在民事訴訟法第283條之脈絡下，仍值得關注的問題是，若使法院面臨「複數之法律」(Rechtsvielfalt)之原因，並非來自於當事人，而是外來、異質之法律移植(甚至強加)，則適用法律不明之不利益是否仍應由當事人承擔，即有疑問。

13 習慣法在法源論上之問題，相較於國際私法(法律衝突)及法比較(Rechtsvergleichung)，共通點是均屬「法之法」。其差異，則在於後者之情形，不同主權國家之法律效力原則上均受承認，癥結在於選擇何——法律作為決定法律關係之基礎規範；一個主權國家之法律之效力——姑不論所謂公共政策問題——原則上不受另一主權國家法律之干涉。相較之下，現代之習慣法問題，則是在同一主權國家之下，不同法源間之相互關係；習慣法可能合於成文法(*secundum legem*)、在成文法之外(*praeter legem*)或反於成文法(*contra legem*)，其效力如何，不免考慮到其與成文法之相互關係。

14 關於此一思維之形成背景，請參考下述貳、一、(二)及註50。

15 *Meder* (Fn. 3), S. 136.

16 *Hermann Krause/Köbler Gerhard*, „Gewohnheitsrecht“, in: Cordes/Harferkamp/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand/Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. II: Geistliche Gerichtsbarkeit-Konfiskation, 2012, Sp. 364-375, online verfügbar unter <https://www.hrgdigital.de/HRG.gewohnheitsrecht>.

17 值得一提者有前言(Einleitung)§ 3. „Gewohnheitsrechte und Observanzen, welche in den Provinzen und einzelnen Gemeinheiten gesetzliche Kraft haben sollen, müssen den Provinzial-Gesetzbüchern einverleibt seyn.“(習慣法與慣習，須納入地方之法律書，在行省及個別鄉鎮始具有法律效力)；§ 4. „In so fern aber durch Observanzen etwas bestimmt wird, was die Gesetze unentschieden gelassen haben, hat es, bis zum Erfolge einer gesetzlichen Bestimmung, dabey sein Bewenden.“(慣

(Badisches Landrecht)之施行飭令，亦仿效法國民法典之施行法，禁止依習慣創設或廢棄法律，僅於成文法有漏洞時，始有其適用；1811年奧地利一般民法典(Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch)將習慣法之適用限於成文法明文援引之情形；此外，Windscheid在其教科書中羅列斯時德意志諸城市或諸邦對於習慣法之排斥態度¹⁸。面對此一潮流，縱當中有歷史法學派之興起，亦難力挽狂瀾，隨德意志第二帝國之建立而來國家主義的強化，由下而上、經由自主方式形成之習慣法，益形受到壓制，甚而德國民法典第一草案第2條規定，習慣(Gewohnheit)及慣行(Übung)，僅在成文法有明文準用之規定時，始得作為法之來源(Quelle des Rechts)或認識法之工具(Erkenntnismittel des Rechts)而受斟酌¹⁹。然而此規定在第一及第二委員會中引發激烈爭議，終遭刪除²⁰。

在瑞士民法方面，瑞士民法第1條為我國民法第1條之繼受來源。該條第2項規定，法律問題為制定法(Gesetz)所未規定者，法院方得依習慣法(Gewohnheitsrecht)加以裁判，但習慣法之概念為何，終究未有具體之規定。瑞士19世紀法律統一化之過程，與德國多有近似之處：透過法典化消除地方之固有法，而法律統一之需求同樣來自於降低各州(Kanton)間貿易之障礙；起初法典之制定僅在各州之內；透過修憲才使聯邦取得制定民法典之權限等²¹。

習所定之事項，為法律所未明定者，至有法律明文前，依其慣習)；§ 60. „So wenig durch Gewohnheiten, Meinungen der Rechtslehrer, Erkenntnisse der Richter, oder durch die in einzelnen Fällen ergangenen Verordnungen neue Gesetze eingeführt werden können; eben so wenig können schon vorhandne Gesetze auf dergleichen Art wieder aufgehoben werden.“ (不得依習慣、法律所者或法官之見解或個案中之命令而建立新法律，亦不得以相同方式廢棄現有之法律)。

18 以上，參閱Meder (Fn. 3), S. 136; Krause/Gerhard (Fn. 16), Sp. 364-375.

19 E I § 2.: „Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist.“ (習慣法之法規範，僅於法律明文準用時，始有適用)。

20 參閱Enneccerus/Nipperdey (Fn. 7), § 40, S. 165 Fn. 5.

21 參閱August Egger, in: Egger/Escher/Haab/Oser (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen

因此，瑞士在法典化之過程中，同樣遭遇到固有的習慣法該如何處理之問題。在此背景下即不難理解，瑞士通說²²認為，瑞士民法第1條第2項之習慣法，原則上限於聯邦習慣法，至於各州習慣法僅在保留予各州民事立法權之範圍內，始有適用餘地。

經由前開背景描述，可以初步識別出文首所示對於習慣法之限縮性見解乃來自於近代的法典化及法律統一運動。從另一個角度，由上述歷史發展過程亦可觀察出，當某一群體已形成一定之具體秩序內容時，或對於某一類事物長久以來已逐漸發展出穩定的處理方式，統治權力——無論是中世紀的羅馬教會或現代國家——如欲遂行有效且穩定之統治，勢須加以尊重，有時進而使之形諸文字。但另一方面，如該具體秩序內容有所不當，統治權力如何調整長久形成之既有作法，而避免過度破壞尊重傳統之立場，亦屬重要問題。此一問題甚為複雜，因而無論德國民法或瑞士民法均未就習慣法之概念內涵加以確定。若不遵循歷史法學派對習慣法之理解及所賦予之概念目的²³，而從「某一群體如何藉由長久慣行而形成可識別為『法』之事實」的角度，Brie「習慣法之學說」一書及「羅馬法繼受時期德意志法學家對於習慣法之立場」一文乃經典著作，其部分見解雖已遭後來學者修正，但仍不失為探討習慣法學說發展之基礎論著。習慣法之發展歷史悠久，遍考文獻誠非本文能力所及，惟希望透過Brie著作之介紹，在歷史法學派之外充實我國文獻上對於習慣法概念及學說之理解（特別是Brie所採取之學說史觀察方法），並藉此豐富未來我國學說關於習慣法之討論。以下先簡述Brie著作

Zivilgesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl., 1930, Einleitung Art.1 Rn. 12-22; René Pahud de Mortanges, Schweizerische Rechtsgeschichte, 2007, S. 198 ff.

22 Egger (Fn. 21), Art. 1 Rn. 33; Arthur Meier-Hayoz, in: Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Privatrecht, 1966, Einleitung Art. 1 Rn. 237.

23 例如 von Savigny認為「所有的法均為習慣法」，或Puchta之見解「習慣法與其餘兩中法之形式——制定法及法學家法——均來自於民族的法之確信」。有關歷史法學派之習慣法概念形成背景，參見下述貳、二。

之重要性及梗概，再依循Brie所列順序，介紹羅馬法至中世紀以來的發展。

貳、Siegfried Brie之著作

一、Brie著作之重要性

前已提及，德國民法典第一草案第2條規定，習慣及慣習，僅在成文法有明文準用之規定時，始有適用。此一規定在第二委員會引發激烈之討論²⁴，其背景是，第二委員會決定刪除第一草案第1條²⁵及第2條（類似我國民法總則第一章之「法例」）。刪除第1條之理由在於，類推適用（Analogie）之必要乃自明之理，且類推適用與解釋之間關係密切，難以分割。至於第2條，爭議之焦點在於，有背於民法典及其他帝國反於成文法（*contra legem*）之習慣法，是否以及在多大範圍內賦予其效力。主張習慣法僅具有補充（*ergänzend*）效力之立場，遭到否決。其理由在於，若有意臻至法律之完全統一——此正為制定民法典之主要政治動機——則僅具補充效力之習慣法亦有害於法律統一；若有鑑於民法典在個別領域（商事、農業、森林）之適用可能發生不當之結果，不如直接承認此類個別領域之特別法。只是，這樣的規定不適於在民法典中打頭陣，否則形式上有違民法典作為德意志法律統一之象徵，故決議改列於施行法（*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*,

24 以下參考Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutschen Reich, Bd. I, 1899, S. 568 ff.

25 „Auf Verhältnisse, welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geist der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze massgebend.“（關係，法律所未規定者，適用類似之關係所依循之法律規定。無此類規定存在時，應依照由法秩序之精神所生之基本原則）。此行文極類似於D. 1, 3, 32 pr.，見註79。

EGBGB)。然而，共識僅存於此，對於施行法該有如何之內容，又引發激烈之討論。仍舊無法解決者，為習慣法是否應具有廢棄成文法典之效力，當中又參雜是否應區分地方習慣法（*partikuläres Gewohnheitsrecht*）及一般習慣法（*gemeines Gewohnheitsrecht*）或帝國習慣法而異其效果。由於各項提案皆未能獲得認同，最終施行法對於習慣法本身未置一詞²⁶。

有鑑於德國民法甫獲施行當時（1900年），對於習慣法之學說仍欠缺清楚之圖像，薩維尼基金會特地舉辦有獎徵文，題名為「共同法時代習慣法學說之回顧」（*Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrechte*），Brie以其著作「習慣法之學說」（„Die Lehre vom Gewohnheitsrecht“）參賽而獲獎²⁷，乃公認關於習慣法學說之代表性論著²⁸。另Brie於1905年發表於Felix Dahn祝壽論文集之「羅馬法繼受時期德意志法學家對於習慣法之立場」（„Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht“）更開門見山地批判自19世紀歷史法學派以來之偏見，即「羅馬法繼受時期之法學家對於習慣法採取敵對之態度，且正是由於此種態度，導致日耳曼法學者口中所批判之固有法之排

26 有趣的是，作為對此一結果的辯解，立法紀錄中提到，「經由類推適用、擴張或限制解釋所形成之穩定司法判解，實際上與習慣法無異；此種法乃法官續造活動之產物，法由此續造過程而生，亦因此被揚棄，但無損於作為法之性質。此種法與實定法之關係如何，實已脫離立法者之權限，而只能由學說（*Theorie*）依照公共生活中之通念（*herrschende Anschauung*）加以回答。」參閱Mugdan (Fn. 24), S. 570. 由此可見，德國立法者自知，關於法之形成原因此一法理論問題，無法由立法者加以決定，而最後一段話又帶有歷史法學派之色彩。

27 Rezension von Alfred von Wretschko, Rezension zu Brie, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung 21 (1900), S. 256 (256-272).

28 Wretschko盛讚，Brie對於習慣法所進行之學說理論史（*dogmengeschichtlich*）研究，無論在形式、內容及方法之深度上，可謂絕無僅有，參閱Wretschko (Fn. 27), S. 272. 同年亦以習慣法之回顧設置有獎徵文者，尚有巴伐利亞科學研究院（*Bayerische Akademie der Wissenschaft*），Brie之著作作為唯三之參賽作品，但未能獲獎。參閱Schröder (Fn. 7), S. 219.

斥與壓制」云云。簡言之，透過上溯至羅馬法源及在羅馬法源基礎上所建立之註釋法學派（Glossatoren）學說，Brie為習慣法之學說建立起遠不同於歷史法學派之觀察，有助於充實吾人對於習慣法之歷史考察。Brie欲透過其研究使讀者相信，早在歷史法學派以前，已存在習慣法之「學說」（Lehre）。此外，值得一提的是，依據Jan Schröder之見解²⁹，在Brie之後，德語世界幾乎再無對於習慣法進行歷史性考察之文獻。

詳言之，古典羅馬法至帝政時期之發展主要透過裁判官（*praetor*）之告示及法學家論著，近來之文獻認為，法理論意義上之「習慣法」概念——亦即習慣法作為一項法源——未為古典時期之羅馬法學家所認識³⁰。然而，學說匯纂（D. 1, 3, 32）及查士丁尼法典（C. 8, 53, 2）中關於習慣法概念及效力之內容，成為自歐陸繼受羅馬法以來討論習慣法理論之出發點。隨著民法大全（*Corpus iuris civilis*）之繼受及教宗在教會法領域的立法，羅馬法學及教會法學繼續研究習慣法之概念，蓋此時產生在民法大全及教會成文法之外是否尚有其他法之存在的問題。從歷史發展之角度，習慣法之理論，係透過與制定法之對照而得來³¹。特別是，習慣法理論之歷史上長久以來之爭議，乃習慣法之效力是否以立法者之同意為前提。始於17世紀末、18世紀初專制主義法理論、並延續至20世紀初之「承認說」（*Gestattungstheorie*）³²，歷史上可追溯至中世紀教會法所發展出之默示同意（*tacitus consensus*）理論³³。Brie「習慣法之學說」一書，將習慣法理論歷史研究追溯至羅馬法及以羅馬法為

29 Schröder (Fn. 7), S. 219 f.

30 參見下述參、五。

31 Peter Landau, Das Gewohnheitsrecht im Staatskirchenrecht, in: Listl/Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik, Bd. I, 2. Aufl., 1994, § 10, S. 333, 334.

32 Schröder (Fn. 7), S. 219, 234-235.

33 Landau (Fn. 31), § 10, S. 334.

基礎之中世紀法學，故其時至今日仍屬經典且基礎性之論著³⁴。惟此一基礎性著作過去並未受到國內法律史研究的充分關注³⁵，故有特別加以介紹之必要。

二、von Savigny、Puchta與Brie之比較

Brie雖部分採用歷史法學派之研究方式，回顧關於習慣法之文獻及論述，然其論著仍與von Savigny及Puchta有相當差異。一方面，如前所述，Brie較諸Puchta更廣泛地參考註釋法學派、後註釋法學派及教會法學之論述以及中世紀德意志法思想³⁶。值得注意的事，Brie之研究，並未滿足薩維尼「既歷史且體系」(historisch-systematisch)³⁷之方式，而僅僅是歷史的³⁸，其所描述者乃在個別時期或法領域之脈絡下之習慣法。

另一方面，Brie完書之際所處之時代背景及政治環境，顯有不同於von Savigny及Puchta。Brie「習慣法之學說」一書完成時(1899年)，德意志業已統一，且在德意志全境即將施行一部統一之

34 *Gerhard Dilcher*, *Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem*, in: *Kannowski/Schulze/Lepsius (Hrsg.), Normen zwischen Oralität und Schriftkultur – Studien zum mittelalterlichen Rechtsbegriff und zum langobardischen Recht*, 2008, S. 33 (48); *Schröder (Fn. 7)*, S. 219. Schröder在*Recht als Wissenschaft*一書(觀察之時期為16世紀至1933年)中，關於中世紀及近代法學中習慣法部分之論述，亦以Brie之著作為重要文獻並多次引用，參閱*Jan Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, 2. Aufl., 2012, S. 16-17 (im folgenden: *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*)。

35 提出此點者，參閱*Tzung-Mou Wu*, *Western Legal Traditions for Laying Down Taiwan's Indigenous Custom in Writing*, *Rechtsgeschichte – Legal History* Rg 24 (2016), S. 222 (226)。

36 *Dilcher (Fn. 34)*, S. 49.

37 *Friedrich Carl von Savigny*, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), in: *Hattenhauer (Hrsg.), Thibaut und Savigny – Ihre programmatischen Schriften*, 2002, S. 81. 所謂歷史的，指清楚掌握各該時代之特質及法律形式，所謂體系的，指將概念及法條視為有生命力的連結及交互關係之整體。

38 *Schröder (Fn. 7)*, S. 219.

民法典(BGB)。von Savigny在1814年「論當代立法與法學之使命」(Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)一文中提到：「總結以上觀點，所有的法均透過習慣法——通行但並不完全恰當的用語——之方式所形成，亦即，起初係由風俗及民族精神，其後乃由法學所產生，無處不是來自內在、悄然的力量，而非立法者之恣意(粗體為筆者所加)。³⁹」Puchta承接von Savigny之觀點，主張所有的法均來自民族精神或民族確信(Volksüberzeugung)，但認為源自民族確信之法有三種形式：立法、法學家法及習慣法，而非認為所有的法皆屬習慣法；當中只有第三種形式是直接來自於民族、乃至於民族確信，而無須任何轉介⁴⁰。

由von Savigny及Puchta對習慣法所表達之立場可初步歸結三點：(1) 就法源論(亦即關於法之形成原因之討論)而言，法(依von Savigny及Puchta見解為實證法)並非來自於立法者之意志，而是來自於——von Savigny認為不甚恰當之用語——習慣法；(2) 所謂「習慣法」，其基礎並非習慣本身(Gewohnheit als solche)，而是民族之共同法確信。外在慣行僅是認識習慣法之來源，卻非形成習慣法之原因。形成習慣法之力量，在於內在、不可見之法確信；(3) 隨著民族之文明發展及知識分工之細緻化，承載此項法確信之主體，逐漸由民族轉移至特定專業人士群體——法律人(Juristen)。換言之，法律人成為代表民族宣達習慣法之機關⁴¹。對歷史法學派法源論之理解而言，前述三點構成不可分割之整體。申言之，否定外在慣行具有形成法之力量，便與von Savigny所強調之法的「學術性」(wissenschaftlich)息息相關；法之形成不應「積非

³⁹ von Savigny (Fn. 37), S. 68.

⁴⁰ Georg Friedrich Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Bd. I, 1828, S. 143 ff.

⁴¹ Friedrich Carrl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 45. 在此von Savigny表示，從而法具有二重生命(zweifaches Leben)：一方面法以其基本輪廓生存於民族之法意識中，他方面法透過法律專業人士獲得進一步之開展及更具體之適用。

成是」：不健康的法律制度，縱使歷經司法實務數個世紀之接受及發展，仍應為學說所摒棄⁴²。再者，此項以民族確信為其內在正當性來源的學術之法（das wissenschaftliche Recht），得以免受制定法及法院慣行（Gerichtsgebrauch）之恣意的牽制，而獲得自由發展的空間。

歷史法學派此項關於習慣法之立論，與其所處之政治環境及法律狀態有關。首先，共同法（特別是羅馬法）在19世紀初面臨著正當性危機（Legitimationskrise）。但就斯時之法院實務而言，共同法是否仍具法之效力，乃審理時無從迴避之問題。19世紀初以來，正逢德意志神聖羅馬帝國崩解（1806年），向來明定共同法⁴³為補充性法源的「帝國訴訟法」（Reichskammergerichtsordnung）^{44、45}失去

42 von Savigny (Fn. 41), S. 94. von Savigny於1814年〈論當代立法與法學之使命〉（S. 78-79）一文中對法國民法典之批評中業已論及：「未植基於歷史知識之法學，實際上不過充當法院慣行之錄事（eine Rechtswissenschaft, die nicht auf dem Boden gründlich historischer Kenntniß ruht, versieht eigentlich iur Schreibersdienst bey dem Gerichtsgebrauch.）」見von Savigny (Fn. 37), S. 79-80.

43 所謂「共同法」係一項法律史上之概念，指12至19世紀間在西歐及中歐對成文之法律素材所進行之學術性研究活動。其主要研究對象為查士丁尼法大全，部分包含教會法。Ius commune之概念乃相對於ius proprium（特別法），意味其適用不限於特定人群或地域。但ius commune之適用僅具有輔助性，在具體案件中如得適用ius proprium，ius commune即應退讓。此乃ius commune有別於英國common law之處，後者得以排除地方特別法，而非僅具輔助效力，是故本文之翻譯捨「普通法」而就「共同法」。參閱Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, S. 87-89; Nils Jansen, Ius commune (Gemeines Recht), in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, online verfügbar unter [https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Ius_commune_\(Gemeines_Recht\)](https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Ius_commune_(Gemeines_Recht))（最後瀏覽日：2019年12月20日）。

44 神聖羅馬帝國之帝國法院（Reichskammergericht），與帝國宮廷法院（Reichshofrat）並列唯二之帝國中央層級法院，始於1495年，終於1806年。帝國法院之成立象徵著神聖羅馬帝國自1495年以來在皇帝Maximilian I之下所進行的一連串帝國改革，其主要目的在於嚴禁決鬥及私刑，以恪守帝國境內永久和平協約（Ewiger Landfriede）。參閱Stephan Meder, Rechtsgeschichte: eine Einführung, 2. Aufl., 2005, S. 168 f.

45 該法第3條規定，法院應依帝國「共同法」為審判，並應依照領主及法院之條例及習慣。依照中世紀晚期義大利法學所發展出之法則區別說（請參見前註11），地方之條例及習慣應優先於共同法為適用。但帝國發展所發展出之不成

效力。至於羅馬法經皇帝頒佈法令施行於德意志之說法⁴⁶，則業已於17世紀被證實為純屬虛構。一言以蔽之，羅馬法是否具有法源效力，已無法建立在制定法之基礎上。

另一方面，倘若主張共同法長久為法院所適用、因而具有習慣法上之效力，則更多複雜之問題接踵而至。蓋至19世紀初為止，尚未形成一套得以清楚界定習慣法概念外延之理論，此項不明確為法官之恣意創造空間，造成法律之不明確與不安定⁴⁷，因而促使18世紀末、19世紀初出現之理性法法典限縮習慣法之空間。再者，自17世紀開始，通行之見解認為，僅僅有確信及慣行，尚不足成立習慣法，尚須檢討其是否獲得統治者或立法者之同意⁴⁸。如欲以「習慣法」正當化羅馬法之法源效力，除對前述習慣法學說進行革新外，別無他途，蓋舊帝國崩毀，位居各邦之上的立法者業已不存⁴⁹。

文訴訟規則卻某程度扭轉此種法律適用之先後位關係：地方條例及習慣之存在，除其為眾所周知者外，應由當事人加以主張並證明之；反之若當事人所主張者為共同法，其存在乃「有確據之推定」(*fundatam intentionem*)，無待證明。此外，關於地方條例及習慣，「特別法嚴格解釋」(*statuta stricte interpretanda sunt*)之原則。依據此類規則，帝國法院顯著地擴大羅馬法在司法實務上之繼承。以上參閱 *Filippo Ranieri*, Reichskammergericht, in: *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, 2009, online verfügbar unter <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Reichskammergericht> (最後瀏覽日：2019年12月20日)；周伯峰，論一八一四年Thibaut與von Savigny間關於民法法典化的爭議，*月旦法學雜誌*，247期，頁113、116 (2015年)。

46 依照一項源自16世紀之說法，神聖羅馬帝國皇帝洛塔爾三世於1135年征服Amalfi後，意外發現學說匯纂之手抄本，而頒佈法律將羅馬法引入神聖羅馬帝國。然經後世考證，此法律純屬虛構，故得「洛塔爾傳說」(*Lotharische Legende*)之名。一般認為，該說法係由Hermann Cornig (1606-1681)於1643年加以證偽，惟有異論。參閱 *Hans-Peter Haferkamp*, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, 2004, S. 162; *Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 145; *Hans Schlosser*, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte – Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, 9. Aufl., 2001, S. 58.

47 *Haferkamp* (Fn. 46), S. 146.

48 *Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 34), S. 108-109.

49 參閱 *Haferkamp* (Fn. 46), S. 163.

除羅馬法之正當性危機外，另一項在19世紀初依舊難解之法源論性質問題則在法院慣行層次：在「習慣法」或「民間慣行」(Volksitte)之罩袍掩護下，法院就具體個案究竟應適用何種法律享受相當大之自由空間，有時不免流於恣意；當事人經常在法院據某種民間慣行而主張應適用某一法律，此等均造成法律適用之不穩定及混亂⁵⁰。在此背景下，Franz Wieacker⁵¹將von Savigny「使命」一文界定為「司法、文化政治上之宣言」(justiz- und kulturpolitische Manifeste)。或如同Haferkamp所形容，歷史法學派以古典羅馬法學家法及神聖羅馬帝國時共同法為榜樣，嘗試為德意志民族在無國家、無王權、階級議會或祭壇引領之情況下，建立一個由法學家所發展、法院予以實現的私法⁵²。無論如何，von Savigny與Puchta所關心者為法院實務及法學家在此種憲政環境下的關鍵角色。

20世紀以來之羅馬法研究指出，古典時期之羅馬法學家並無近代意義之習慣法概念⁵³。儘管如此，自中世紀以來關於習慣法之法學論述，均以羅馬法之文本為基礎。因此，Brie從羅馬法出發，研究自中世紀以來習慣法概念之形成與流變，符合von Savigny之歷史研究方法，亦即視羅馬法為德意志民族之共同資產，在此脈絡下研究習慣法之概念。在德國民法典制定後，羅馬法之研究無須再背負

50 Haferkamp (Fn. 46), S. 146 ff. Thibaut在「關於普遍適用於德意志之民法的必要性」一中抱怨：「我們（按：德意志）固有法是一個雜亂無章、相互矛盾規定的集合……以致於法官或律師要徹底知曉其內容，毫無可能，縱使完全知曉，亦未必濟事，蓋固有法是如此不完整且空洞，以致於一百個法律問題當中，可有九十個不得不依賴繼受自外國之法典、教會法或羅馬法來加以裁判。」語見Anton Friedrich Justus Thibaut, Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Recht (1814), in: Hattenhauer (Hrsg.), Thibaut und Savigny – Ihre programmatischen Schriften, 2002, S. 42.

51 Wieacker (Fn. 46), S. 384.

52 Hans-Peter Haferkamp, Die sogenannte Begriffsjurisprudenz, in: Depenheuer (Hrsg.), Reinheit des Rechts, 2010, S. 79 (95). Haferkamp形容，藉由此種「由法學家所發展、法院予以實現」之方式，為德意志私法在1871年以前之政治環境中取得「替代憲法」(Verfassungersatz)之機制。

53 參見下述參、五。

為私法提供教義(Dogma)及體系以及統一私法之重擔，而成為法律史之範疇。基於相同理由，「習慣法」也無須——如同其在歷史法學派之脈絡中——再肩負正當化羅馬法之法效力的任務。但正如同德國民法之理解無法與19世紀私法學對羅馬法之詮釋割裂，現代對「習慣法」之概念理解，亦無法完全脫離過去累積之成果，Brie對習慣法學說史之觀察，意義即在於此。

三、法源論(Rechtsquellenlehre)之觀點

法源論之提出，意謂法之所為法、具有效力(geltend)，並非單純因其現實如此，而是進一步追問其形成之原因，亦即必須其形成來自於法學上所承認之原因，始具有法效力⁵⁴。值得注意的是，在法之歷史發展的早期階段，難以期待出現一項為形成法之諸多原因提出解釋的理論，套用康德的說法，亦即一套關於法律何以為正當(rechtens sei/quid sit iuris)哲學理論⁵⁵。以羅馬法為例，古典時期之法學家並未認真看待希臘之法哲學⁵⁶，Gaius Institutiones 1, 2僅僅列舉數種法(iura)之形式，即為例證。至17世紀中葉為止，歐陸之法概念，乃實質、帶有(基督教倫理)價值取向者，換言之，必須符合正義或理性之要求⁵⁷。即便如此，似未據此發展出以正義為基礎之一般的法源理論。蓋自然法並不完整，經常受到實定法之調整或補充⁵⁸。直到三十年戰爭結束後，以霍布斯為代表之學說強調實定法作為國家對國民命令，象徵著單一、價值取向之法概念無

54 參閱Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, 2007, § 5 I Rn. 146.

55 參閱Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 34), S. 101-102; Immanuel Kant著，李明輝譯注，*道德形上學*，頁44(2016年)。

56 Fritz Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 1961, S. 159. 至於學說匯纂中關於法與正義之關連的論述(例如知名的D. 1, 1, 1 pr: *ius est ars boni et aequi*(法乃良善與正義藝術))，均屬後古典時期之加工。

57 Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 34), S. 9-10.

58 Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 34), S. 13. 例如自然法中存在殺人之禁令，但在必要情形仍受實定法之調整。

法再維持，而形成二元之法概念——理性法與立法者之意志⁵⁹。至19世紀前半，雖有以薩維尼為首之法學實證主義作為插曲，但隨著民族國家及工業社會之建立，發展上已轉為法律實證主義（Gesetzespositivismus）或國家法實證主義（staatsrechtlicher Positivismus），而形成以國家為中心之法源思想⁶⁰。

Brie「習慣法之學說」一書在時間上以中世紀為觀察重點，至於「羅馬法繼受時期德意志法學家對於習慣法之立場」一文⁶¹則延伸至17世紀，因此，Brie「習慣法之學說」一書，可視為非以國家為中心之論著。

四、Siegfried Brie著作之梗概

Brie在前言中自承，本書雖係應「共同法時代習慣法學說之回顧」之有獎徵文而作，然未幾即發現，若要妥善處理習慣法之學說，從事文獻性（quellenmäßig及學說理論史）之研究，殆有必要；蓋過去之著作，既未針對作為共同法之習慣法學說基礎之文獻資料，亦未針對此習慣法學說在其脈絡下之歷史形成進行研究⁶²。至於歷史法學派學者Puchta之重要專論「習慣法」（Das Gewohnheitsrecht）⁶³，Brie批評其關心之文獻過於狹隘，且對於羅馬法源之詮釋亦非完全客觀⁶⁴。申言之，Puchta之著作忽略教會法關於習慣法之論述以及中世紀註釋法學派之貢獻。Brie強調，盛行於中世紀之德意志民族中及其繼受外來法前之固有法中關於習慣法之觀點，應加以呈現。因而Brie自承，其著作乃歷史資料之呈現，

59 Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 34), S. 99-101.

60 Vesting (Fn. 54), § 5 I Rn. 149-151.

61 參見下述攷。

62 Siegfried Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, 1899, Vorwort, S. III.

63 共2冊，第1冊為關於羅馬習慣法之描述，第2冊則為基本理論，分別於1828年及1837年出版。

64 Brie (Fn. 62), Vorwort, S. IV.

而非學說之創設⁶⁵。

Brie本書之學說理論史(dogmengeschichtlich)研究,主要包含古典羅馬法至中世紀之發展,填補歷史法學派之論述缺口。Brie將其依序分為六個段落:羅馬法、教會法、註釋法學派、後註釋法學派、教會法學及中世紀之德意志法。當中主要涉及幾項議題:成立習慣法之要素、成立及適用習慣法之人的範圍、習慣法之承認及效力、習慣法之發現與證明。Brie將本書列為習慣法學說之第一部份,顯見其原有意接續理性法時代以下之發展,但未竟其功,後世僅能在現代著作中探求⁶⁶。本文關於Brie著作之介紹,將以習慣法之形成、承認與效力之為主。

參、羅馬法

一、概論

Brie開宗明義指出,在查士丁尼之民法大全中,關於習慣法之要件及效力,欠缺清晰且深入之規定,在涉及法源之論述,經常是不完整且具多義性,對於中世紀及近代之習慣法學說之發展造成致命之影響⁶⁷。在民法大全以外之法學或非法學之論著中,亦未發展就習慣法發展出深入之理論⁶⁸。據此Brie特別強調,應特別避免重

⁶⁵ Brie (Fn. 62), Vorwort, S. V.

⁶⁶ 例如參閱 Meder (Fn. 3); Hans Mokra, Theorie des Gewohnheitsrecht – Problementwicklung und System, 1932. 教會法方面進一步之探討,可參閱 Peter Landau, Die Theorie des Gewohnheitsrechts im katholischen und evangelischen Kirchenrecht des 19. und 20. Jahrhunderts, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung 77 (1991), S. 156 ff.; Landau (Fn. 31), § 10, S. 333 ff.

⁶⁷ Brie (Fn. 62), S. 1.

⁶⁸ Brie (Fn. 62), S. 1. 此現象之原因,業經 Puchta (Fn. 40), S. 56 ff., S. 69 ff. 及 von Savigny (Fn. 41), S. 76-77, S. 105 ff., S. 144 ff. 加以闡釋。Brie個人則認為,原因

蹈歷史法學派將自身關於習慣法之觀點帶入羅馬法詮釋之覆轍⁶⁹。

Brie亦觀察到習慣法在羅馬法歷史中之遞嬗：在古老之羅馬國王時期及共和國初期尚以不成文之習慣法為大宗，至帝政時期則逐漸展現出排斥習慣法之趨勢；既有之習慣法為其他法源所吸收，而新形成的習慣法則形諸於文字記載⁷⁰。Brie指出，展現衡平（*Äquität*）思想之萬民法（*ius gentium*），主要採習慣法之途徑，卻多出現在裁判官之告示⁷¹。在共和國末期，習慣法之重要主要展現在私法領域，但隨著古典時期法學家之著述越來越聚焦在私法素材及帝政時期制定法之擴張，均日漸限縮習慣法之適用空間⁷²。最終羅馬共和國及帝國版圖之大幅擴張，亦使新的、共同的習慣法形成，更加困難⁷³。

二、用語問題

依Brie之考證，羅馬法中關於習慣法之用語，十分多變而不確定⁷⁴。最常見者為*consuetudo*及*mos*或*mores*（*mos*之複數），其餘則

之一乃羅馬法學者特有之實務取向、疏於發展一般、抽象性理論所致；特別是羅馬法學者多處理私法及程序法，而較少關注國家法，其對於法源之分類僅在乎其外在表現形式。文獻中（例如Gai. Inst. 1, 2、D. 1, 2, 2, 12、及D. 1, 1, 7, 1關於「法（*ius*）」定義僅列舉成文法律（*lex*）、平民大會決議（*plebiscita*）、元老院決（*senatus consulta*）、皇帝頒佈之敕諭（*constitutiones*）及令狀（*edicta*）及法學家之意見，而無習慣法），論及「法」時，*lex*與*mos*併陳，十分常見。參閱Brie (Fn. 62), S. 2-3. 另一項原因，請參見下述。值得說明者為，皇帝頒佈之敕諭（*constitutiones*）乃皇帝立法權之行使，有三種形式：（1）告示（*edicta*），乃一般性之規定；（2）裁決（*decreta*），乃皇帝作為法官在個案中所為之裁判；（3）函覆（*rescriptum*）乃皇帝因當事人或官員之請求，就具體案件中所發生之法律問題所為之答覆。參閱Herbert Hausmaniger/Walter Selb, *Römisches Privatrecht*, 9. Aufl., 2001, S. 33-34.

⁶⁹ Brie (Fn. 62), S. 2.

⁷⁰ Brie (Fn. 62), S. 3-4.

⁷¹ Brie (Fn. 62), S. 4.

⁷² Brie (Fn. 62), S. 5.

⁷³ Brie (Fn. 62), S. 5-6. 有關古典羅馬法之法學家是否在概念上已認識到「習慣法」作為一種法源之爭論，參見下述參、五。

⁷⁴ Brie (Fn. 62), S. 6.

尚有 *observantia*、*vetustas* 或 *antiquitas*。就 *consuetudo* 及 *mos* 或 *mores* 而言，有時在文脈中是法條發生之原因，亦即因為 *consuetudo* 及 *mos* 或 *mores* 而產生、建立、引進一個法條；由時則指法條本身，例如 D. 1, 3, 32, 1 提到「古老的習慣與法律同受遵守」(*inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur*)，此種情形多半出現在 *consuetudo* 及 *mos* 或 *mores*，與法律 (*lex* 或 *leges*) 對比時⁷⁵。但在其他不涉及法源問題之法學論著中，*consuetudo* 則未必與習慣法有關，有時羅馬法學家將其用以指涉個人 (例如家父長 *pater familiae*) 之慣性行為，例如持續主張某一主觀權利或具體法律關係下之持續性行為，有時也用以指涉共同體之慣行、但無法律上拘束力者⁷⁶。相反地，*mos* 或 *mores* 在法學著作中率多針對共同體而言，但包含風俗、習慣法及道德三種可能意涵⁷⁷。

三、形成習慣法之要素

在羅馬法之觀點下，習慣法之形成取決於外在及內在兩項要素：外在之慣行 (*consuetudo*, Übung) 及內在之意思合致 (*consensus*)。Brie 指出，就羅馬法而言，外在之慣行乃形成習慣法不可或缺之要素⁷⁸。就此，與歷史法學派之觀點——認為慣行僅僅是探知習慣法之工具——截然不同。諸多羅馬法之片段均指出，不成文之法律，乃透過慣行所導入 (*inductum*) 或認可 (*comprobatum*)⁷⁹。

⁷⁵ Brie (Fn. 62), S. 9.

⁷⁶ Brie (Fn. 62), S. 10.

⁷⁷ Brie (Fn. 62), S. 11.

⁷⁸ Brie (Fn. 62), S. 12.

⁷⁹ 以 Julian D. 1, 3, 32 pr. 為例：„De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et constudine **inductum** est...“ (粗體為筆者所加) (譯：在成文法律所未規範之案件中，應依照經習俗或慣行所導入者)。

內在之意思合致亦屬成立習慣法之要素，見諸於眾多羅馬法片段。文字上，其可能為意向（*voluntas*）上之合致，或觀點（*sententia*）或確信（*persuasio*）上之合致。較重要之問題為，此項合致，應為整個全體之集體意向，抑或群體中每一個體意向上之一致。此點，在羅馬法之片段中並不清楚。Julian（西元2世紀、哈德良皇帝時代之法學家）認為，政治體（*populus*）究竟是透過議決明示地表達其意向，抑或透過個別之慣行默示地表達，並無任何不同⁸⁰。甚而，透過明示議決之方式表現出來的法律，事後也可能因為所有政治體成員一致地不再遵守，而加以撤廢⁸¹。值得注意的是，依Brie之考證，現代習慣法文獻經常提及之「法之確信」（*opinio necessitatis*）要件，在羅馬法源中欠缺任何根據⁸²。

除上述內在與外在要素外，羅馬法源中尚有兩項足以阻礙習慣法形成之因素：理性（*ratio*）與錯誤（*error*）。D. 1, 3, 39謂：「非由於*ratio*，而起初是來自於*error*，嗣後依習慣取得（法）效力者，不得適用於其他類似案件。⁸³」依Brie之考證，此處之理性非主觀上理性思維，而是客觀上推動慣性之理性需求，從而此處之理性並非限制習慣法形成，而毋寧是強化習慣法之因素⁸⁴。較有問題者，為「錯誤」有無阻礙習慣法形成之效果，在此D. 1, 3, 39有四種可能之解釋：（1）基於錯誤而來之習慣，無法律效力；（2）基於錯誤而來之習慣有法律效力，但不得類推適用；（3）不合乎理性之習慣，無法律效力；（4）不合乎理性之習慣，有法律效力，但不得類推適用。Brie出於體系解釋觀點，贊同最後一種解釋⁸⁵：此處之

⁸⁰ Brie (Fn. 62), S. 17-18; Julian D. 1, 3, 32, 1.

⁸¹ Brie (Fn. 62), S. 18; Julian D. 1, 3, 32, 1 (*desuetudo*). 相較於*consuetudo*，*desuetudo*則為革除慣習之意。

⁸² Brie (Fn. 62), S. 23.

⁸³ „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.“ 同樣提及理性者尚有下述C. 8, 53, 2。

⁸⁴ Brie (Fn. 62), S. 25-26.

⁸⁵ Brie (Fn. 62), S. 30.

ratio，應指*ratio iuris*（仍屬客觀意義之理性），而D. 1, 3, 14⁸⁶對於違反*ratio iuris*之法條，排除其類推適用之可能，D. 1, 3, 32⁸⁷則一般性地肯定習慣法得類推適用於類似案件。D. 1, 3, 39所引發之錯誤問題，將持續困擾往後之法學家。

四、習慣法之效力

如同現代之文獻⁸⁸，在羅馬法中習慣法具有補充及解釋（*auslegend*）成文法之效力⁸⁹。較有爭議的是，習慣法是否具有廢棄（*derogatorisch*）或超越成文法之效果，此為探討習慣法效力之關鍵所在。在C. 8, 53, 2，君士坦丁皇帝（在位期間：306-337 AD）雖表示，「習慣及經久之慣行應加以重視，但並無超越理性（*ratio*）及成文法（*lex*）之效力」。此或使讀者相信，在羅馬法中，習慣法僅有解釋或補充效力，但並無廢棄效力。但Brie指出，至君

86 „Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.“（被接受但有違*ratio iuris*者，不得擴張適用於類似案件）。

87 參閱前註79。

88 瑞士法上之文獻普遍指出，習慣法具有三種功能：補充、解釋/確認（*auslegend/bestätigend*）及破除（*derogatisch*）。補充功能，指在制定法未設明文而發生漏洞之處，由習慣法加以填充，是為習慣法之「法（制定法）外」效力；在此範圍內，習慣法發揮法之形成的作用。解釋/確認功能，指法院及行政機關對某一制定法規定之意義，長期且持續採取相同之解釋，因而限制往後之法院及行政機關做差異之解釋；此為習慣法之「法（制定法）內」（*intera legem*）效力。破除功能，指在制定法設有明文之處，習慣法做不同之規範，是為習慣法之「反於制定法」（*contra legem*）之效力。習慣法是否有此效力，瑞士學者意見不一（參見Egger (Fn. 21), Art. 1 Rn. 32），否定說謂，在法治國中並無承認此等效力之餘地。惟何以在瑞士仍不乏有反於制定法之存在，否定說顯然無法解釋。誠如Egger (Fn. 21), Art. 1 Rn. 32所云，與其否認此等習慣法之存在，不如探求其形成之規律。

值得一提者為，前述三種功能著眼於習慣法與制定法之關係，惟仍未清楚說明習慣法之效力，造成此項不清楚之原因在於現代國家相對於社會的角色：首先，習慣法之效力是否以經國家機關之承認為必要？換言之，有無純屬社會性之習慣法？其次，司法實務或行政實務究係代表國家承認社會上形成之習慣法（即承認說立場之延續），或司法及行政本身也創造習慣法，並進而形塑人民之法意識（此為超越承認說之見解）。就此參閱Schröder (Fn. 7), S. 233-244。

89 Brie (Fn. 62), S. 37.

士坦丁之時代，由於羅馬帝國幅員遼闊，非羅馬建國初期可比，故早已無形成共同習慣法之可能，而僅有地域性之習慣法（*partiulares Gewohnheitsrecht*），加上君士坦丁帶有革新取向，傾向於使其頒佈之法律優於習慣法，故該條（C. 8, 53, 2）之解釋，應係針對地域性之習慣法而言⁹⁰。實則，收錄於學說匯纂（*Digest*）之古典時期羅馬法學家之著作，往往呈現出另一種樣貌。例如 *Julian D. 1, 3, 32, 1* 便認為，若一項議會通過之法律長期不被羅馬人遵守，則該項法律已為習慣法所廢棄，理由無他，透過明示議決通過之法，與透過默示之慣行所彰顯之法，並無任何不同⁹¹。但在部分情形，地域性之習慣並無法超越羅馬統治者所宣布之法律。例如龐貝針對 *Bithynien* 省所頒佈之法律（*lex Pompeia*），禁止一個城市將非屬該城市市民之人納入議會（*Curie*），但該法律長期未被遵守。就此城市長官 *Plinius* 詢問圖拉真皇帝該如何辦理，圖拉真回覆表示，對於過去已成為議會成員之人仍保持原狀，以避免騷動，但未來仍禁止他城市之人進入議會⁹²。

五、對Brie觀察之評價

Brie對於羅馬法中習慣法概念之觀察，確實提出不同於歷史法學派之指引（例如前述地域性習慣法之部分）。惟隨著近來羅馬法研究之進步，Brie之歷史觀察部分被推翻。當中最關鍵之問題，可化約為「古典羅馬法中有無現代意義下之習慣法」。所謂現代意義下之習慣法，指透過事實上之慣行及法之確信而形成有拘束力之規範而言。依此標準，20世紀之羅馬法研究文獻多認為，現代意義下之習慣法，對古典時期羅馬法學家而言，純屬陌生⁹³。學說匯纂中

⁹⁰ *Brie* (Fn. 62), S. 42 ff.

⁹¹ *Brie* (Fn. 62), S. 38 ff.

⁹² *Brie* (Fn. 62), S. 40 f.

⁹³ *Schulz* (Fn. 56), S. 162; *Max Kaser*, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, 2. Aufl., 1971, § 48 III 1, S. 196 Fn. 21; *Franz Wieacker*, *Römische Rechtsgeschichte*, 1. Abschnitt, 1988, § 29 I 3, S. 499 ff.; *Landau* (Fn. 31), S. 334. 特別值得參考者，

向來被認為對「羅馬法之習慣法理論」最為重要之條項D. 1, 3, 32, 近世一致認為其內容並非如學說匯纂所標註者般直接來自於古典中期之法學家Julian, 而是經過後古典時期加工之結果⁹⁴。依Otto Lenel對學說匯纂所進行之法學家論著重建 (*palingenesie*), Julian此處之著作乃針對*lex Papia Poppaea* (西元9年頒佈) 於行省之適用, 蓋*lex Papia Poppaea*在對付羅馬上流階級普遍不婚及無子之狀況, 以強化作為羅馬帝國中堅之義大利民族⁹⁵。此處Julian表示, *lex Papia Poppaea*適用於行省時, 應注意行省特有之風俗 (*mos*) 與習慣 (*consuetudo*)。職是, 此處並不涉及如何經由風俗及習慣形成法律, 或風俗及法律是否具有法律性質, 毋寧只是法律適用之限縮⁹⁶。事實上, 難以想像Julian藉由一項法律在行省的適用限制, 即為羅馬法建立一般性之習慣法學說。至於Brie依據D. 1, 3, 32, 1而認為, 一項法律長久不被遵守, 即因習慣而被廢棄云云, Wieacker⁹⁷提出反駁: 十二表法縱使長久不被適用、為新制度或裁判官之令狀取代或排除, 至少在共和國時期羅馬法學家之觀念中仍持續有效力。

除此之外, 如前所述⁹⁸, 在學說匯纂或Gaius之法學階梯 (*Institutiones*) 中涉及現代意義下法源之論述 (*Gai. Inst.* 1, 2、D. 1, 2, 2, 12、及D. 1, 1, 7, 1) 中, 古典時期羅馬法學家顯未將*mos*或*consuetudo*列為法律形成之原因⁹⁹。實際上亦無此需求, 蓋一方面, 在共和國之城邦國家時期, 由於法律群體較小、相對容易確

Werner Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, in: Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 201*, 1975, S. 4 (4-41).

94 參閱Flume (Fn. 93), S. 33.

95 Max Kaser/Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., 2008, § 58 Rn. 25.

96 Flume (Fn. 93), S. 33.

97 Wieacker (Fn. 93), § 29 I 3, S. 500.

98 參見前註68。

99 Flume (Fn. 93), S. 12-15.

定；另一方面，縱使之後帝國版圖擴大，透過裁判官頒佈新告示及法學家之靈活解釋，均使法得以與時俱進、符合現實需求。因此，在成文法律、裁判官法及法學家法之外，難有一般習慣法之存在空間¹⁰⁰。

部分現代羅馬法學者嘗試將古典羅馬法之法學家法歸類為習慣法，但正如同Werner Flume所明確指出者，羅馬法學家在無數之段落中指出何者為「法」(*ius*)時，從未將其法律意見之正當性建立在*consuetudo*之上¹⁰¹。Wieacker¹⁰²亦指出，縱使一項法律意見長期為多數法學家所採，但法學家僅佔群體的一小部分，難以切合前述習慣法之概念。

至於所謂*mos maiorum* (祖宗成法)，現代羅馬法學者亦認為嚴格說來其與現代意義上習慣法有所不同。蓋*mos maiorum*並非經由長久慣行，而使原本無拘束力之風俗成為有拘束力之法律，而是基於崇古之理想化思維，要求當代之羅馬人仿效祖先的行為方式¹⁰³。

依照Flume¹⁰⁴及Wieacker¹⁰⁵之見解，習慣之具有法律效力，俟至後古典時期方逐漸成形。在廣泛授予公民權，特別是西元212年羅馬皇帝Caracalla普遍授予公民權之敕諭(*constitutio Antoniana*)頒佈、因而不論羅馬城或行省居民均適用羅馬法律時，行省或地域性之習慣與羅馬法律衝突時，所牽涉者不再只是統治者是否該容忍

100 Wieacker (Fn. 93), § 29 I 3, S. 500.

101 Flume (Fn. 93), S. 16. Flume如此評價此類學者之見解：「正當我們看到現代法學家苦於為學說及實務之法律見解在法源理論中找到位置、因而直至今日持續不斷地在習慣法中尋求庇護，以下事實才如此令人神往：對羅馬法學家而言，依照其對於法及自己作為法之解釋者的使命的理解，並無透過法源理論為法學家法尋得正當化依據之必要。」

102 Wieacker (Fn. 93), § 29 I 3, S. 499.

103 Kaser (Fn. 93), § 5 I, S. 29; Flume (Fn. 93), S. 18. 另參閱Jochen Bleicken, *Lex publica – Gesetz und Recht in der römischen Republik*, 1975, S. 374-376.

104 Flume (Fn. 93), S. 37.

105 Wieacker (Fn. 93), § 29 I 3, S. 499.

該習慣，而是當該習慣得以排除成文法律，則該習慣是否亦屬法源之問題即被突顯出來，C. 8, 53, 2 即為例證。此等自後古典時期所形成之習慣法概念及關於習慣法效力所發展出之規則，構成在繼受羅馬法後直至現代之習慣法學說之基礎¹⁰⁶，因此縱使Brie對於古典時期之法學家有無認知習慣法概念一事有偏誤，然其以羅馬法之文本為基礎開啟習慣法學說之歷史觀察，尚屬妥當。

肆、註釋法學派¹⁰⁷

一、概論

薩維尼在其「中世紀羅馬法之歷史」中表示，「如不回歸註釋法學派之文獻，便無法徹底理解此後之理論及法院實務」¹⁰⁸。Brie認為，此一立場同樣適用於習慣法之學說：關於德意志之法源所盛行之共同法學說及實務，均可在註釋法學派覓得其根源，諸多歷久彌新之爭議，業經註釋法學派學者表示過不同之見解¹⁰⁹。但Brie也指明，要在註釋法學派中找到關於習慣法深入且成熟的理論，恐怕是徒勞無功。毫無保留地服膺於查士丁尼民法大全之權威、欠缺歷史認識、對於材料採取註釋性之處理，都使得註釋法學派在討論各項問題時無法採取一貫之基本立場¹¹⁰。除此之外，原本羅馬法對於法律與習慣（*lex vs. consuetudo*）以及成文法與不成文法（*ius*

106 Landau (Fn. 66), S. 334 Fn. 3.

107 關於中世紀義大利法學與註釋法學派之興起，請參閱戴東雄，中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法，2版，頁57-90（1999年）。

108 Friedrich Carl von Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. V, 2. Aufl., 1850, S. 234: „Denn in den Theorien und im Gerichtsgebrauch späterer Zeiten ist Vieles durchaus nicht gründlich zu verstehen möglich, als indem es auf den Anfang zurückgeführt wird, der in den Schriften der Glossatoren liegt...“.

109 Brie (Fn. 62), S. 96.

110 Brie (Fn. 62), S. 97.

scriptum vs. ius non scriptum) 欠缺精確之區分，也是原因。特別是從11世紀開始，義大利諸城之條例 (*Statuten*)，多半並非新訂之法律，而是既有習慣法之紀錄，使得註釋法學派學者將城市之成文法 (*lex municipalis*) 視為「成文之習慣」(*consuetudo scripta*)¹¹¹。

但無論如何，註釋法學派學者對於習慣法所投注之心力，有目共睹。註釋法學派學者對於羅馬法之權威既然深信不疑，其對於斯時在義大利尚存有諸多獨立於羅馬法、甚而與羅馬法扞格之地方習慣法，採與何種態度及論述，尤值關注¹¹²。

二、形成習慣法之要素

註釋法學派首度創設習慣法 (*ius consuetudinarium*) 之用語，為羅馬法源所無；在此概念下，*consuetudo*等義於「使習慣法發生之諸多行為的整體」¹¹³。註釋法學派之眾學者嘗試為慣行本身之認定、持續期間及頻率提出判準¹¹⁴。依循羅馬法之傳統，註釋法學派雖亦認為習慣法之形成要素包含外在之慣行 (*consuetudo*) 及內在之意思合致 (*consensus*) 二者。不同之處在於，註釋法學派針對兩項要素又各自增加不同之要求：對於慣行加上時間上之要求。對於意思合致則增加錯誤或違反理性 (*ratio*) 之討論。Brie指出，此類增加之條件限制，有時建立在對羅馬法源之誤解的基礎上¹¹⁵（例如下述將取得時效之時間援用於慣行以及慣行之頻率），卻對日後習慣法學說之探討產生深遠的影響。

有關慣行應持續多久之期間，查士丁尼民法大全中僅有一些形容詞：*longaevus*（古老的）、*inveterata*（自古以來的）、*longa*（長

111 Brie (Fn. 62), S. 97-98.

112 Brie (Fn. 62), S. 98.

113 Brie (Fn. 62), S. 104.

114 Brie (Fn. 62), S. 104.

115 Brie (Fn. 62), S. 104.

久的)、*diuturna* (經久的)，而無具體之期間。D. 1, 3, 32, 1稱 *inveterata consuetudo* (自古以來之習慣)，Placentin將*inveterata*理解為 *longaevus*，亦即遠古、難以溯源之意。註釋法學派中之通說則從 *longa*一詞連結至 *longi temporis praescriptio* (因長時間經過所生之抗辯)¹¹⁶，而得出10年或20年之期間¹¹⁷。然而，註釋法學派學者仍清楚區辨，慣行與 *longi temporis praescriptio* 乃分屬不同之法律制度。Brie主張，與其說源自於羅馬法，此部分毋寧受到教會法影響之可能性較大¹¹⁸。

有關慣行之頻率，Johannes Bassianus及Azo兩位學者認為有兩次慣行即可，然其所依據查士丁尼法典之段落，卻是與習慣法完全無關之脈絡，亦即個人刑事上之再犯¹¹⁹。

涉及慣行尚有兩項爭議問題：1. 所謂慣行是否專指法院之慣行？2. 若透過法院之判決形成習慣法，是否違反查士丁尼禁止依判決先例為審判之禁令？

第1項問題，源自於對Ulpian D. 1, 3, 34之解釋，少數說認為，限於法院之行為，方可形成慣行。但多數見解認為，本條僅在表示，經由法院認證者乃較確定且較有意義之慣行，但並不以此為

116 羅馬法源中之 „*praescriptio*“ 所指涉者，原應近似於現代之取得時效，特別是所謂 „*praescriptio longi temporis*“ (因長時間經過所生之抗辯)。“*praescriptio longi temporis*“ 乃經過長期之占有即得享有一定權利制度，其適用對象為羅馬行省之土地，蓋此種土地無法適用 *usucapio* (市民法下之時效取得制度)。參閱 Kaser/Knützel (Fn. 95), § 25 Rn. 7-14。直至古典時代晚期， „*praescriptio longi temporis*“ 之用語才被擴張至提訴期限。參閱 Kaser/Knützel (Fn. 95), § 4 Rn. 14; Christian Baldus, Anspruch und Verjährung – Geschichte und System, in: Remien (Hrsg.), Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewahrung und Reform, 2011, S. 5 (10).

117 Brie (Fn. 62), S. 106.

118 Brie (Fn. 62), S. 107. 並請參閱下述捌、三。

119 Brie (Fn. 62), S. 108.

限，只要行為經久持續行使即可¹²⁰。

針對第2項問題，多數說認為，若法院依照判決先例所形成之習慣法為裁判，便已不再是依照判決先例，而是依照習慣法為裁判¹²¹。這毋寧是近似於詭辯。有力說認為，單單法院之判決仍不足以形成習慣法，毋寧仍須有立法者默示之認可¹²²。有問題者為，此處之立法者為何，此部分涉及下述習慣法之廢棄效力。

關於內在之意思合致，註釋法學派所遭遇最大之障礙，在於其認為只要有二次相同之行為（抑或法院之判決），即可構成「慣行」，然而何以二次慣行即可代表全體族群之意思？就此註釋法學派認為，慣行必須來自於群眾之代表人、首領或議會¹²³。

在群體與個人之關係上，或可主張，如同全體之明示議決，內在之意思合致必須透過多數決。但註釋法學派又認為，多數決不得剝奪個體成員之權利或課與負擔。因此，如賦予習慣法廣泛之效力，將違反此一原則。故註釋法學派一方面認為單單多數決不足以成立習慣法，但他方面又認為，習慣法之成立不以個別成員之同意為必要¹²⁴。

持續困擾註釋法學家者，仍舊是理性與錯誤之問題¹²⁵。成為討論基礎者為以下教學案例¹²⁶：在波隆那地方存在一項習慣，酒類之所有人如於運送時將其手置於貨車上——縱僅出於協助，該酒類運送途中滅失之風險，應自運送人轉為所有人承擔。註釋法學們咸認為該習慣實屬不當，但對於如何排除其適用則意見紛歧：有認為，

120 *Brie* (Fn. 62), S. 109-110.

121 *Brie* (Fn. 62), S. 110.

122 *Brie* (Fn. 62), S. 110.

123 *Brie* (Fn. 62), S. 111.

124 *Brie* (Fn. 62), S. 112.

125 問題脈絡，參見前註84至87處本文之描述。

126 以下參見*Brie* (Fn. 62), S. 114-116.

該習慣雖不合於理性，惟僅禁止類推適用（例如其他物品之運送）；亦有認為，該習慣係基於錯誤而來，鑑於錯誤具有排除合意之效果，應認為該習慣不具有法效力；亦有認為，此項由來已久之習慣，雖基於錯誤且不合於理性，惟僅禁止類推適用；Accursius則認為，基於錯誤而來之習慣一律排除其法律效力。

三、習慣法之效力

毫無疑問的是，註釋法學派亦認為習慣法具有成文法相同之效力¹²⁷，其蒐羅散見於民法大全各處關於習慣法之片段，認為習慣法具有規範成文法所未規定之法律關係、成文法之拘束性解釋、成文法之廢棄或變更及強化成文法之效果¹²⁸。在與成文法之關係上，註釋法學派將歸為三大類：合於成文法（*secundum legem*）、在成文法之外（*praeter legem*）或反於成文法（*contra legem*）¹²⁹。但最有爭議的，仍舊是最後一類。

爭議來自於D. 1, 3, 32與C. 8, 53, 2之間的嚴重矛盾：前者認為成文法得經由習慣廢止（*desuetudo*），後者認為習慣法不得超越成文法。為達到融貫之解釋，註釋法學派學者做出許多嘗試。觀察過此類嘗試，Brie得出結論：註釋法學派學者在處理習慣法與成文法之關係時，毋寧採取實務需求之導向，其目的在適切調整義大利諸城之條例（習慣法）與羅馬法（民法大全）間之關係，使前者仍得以維持其存續¹³⁰。至於在查士丁尼（6世紀）以前之習慣，對註釋法學派學者而言較不重要。例如查士丁尼曾頒佈命令，禁止任何收

127 值得注意的是，學說匯纂中關於習慣法之基礎段落D. 1, 3, 32, 1賦予習慣法與制定法相同之效力，其依據是立法權在於人民，因而習慣法與制定法僅僅是立法刑事之差異。然而在中世紀顯然無法認為人民具有立法之權。就此參見Schróder, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 34), S. 16。惟Brie所觀察之註釋法學派之著作，並未就此加以說明。

128 Brie (Fn. 62), S. 118-119.

129 Brie (Fn. 62), S. 119.

130 Brie (Fn. 62), S. 125.

取超過法定上限之利息之地方習慣（C. 4. 32. 26），蓋此顯然有背於義大利諸城邦重視商業活動之特質。

習慣法違反成文法時，註釋法學派早期之見解認為，習慣法失其效力，然晚期學者則一般性承認其效力，特別是知名學者 Accursius。註釋法學派創始者 Imerius 針對 D. 1, 3, 32 表示，法律因人民慣常地不遵守或發展出相異之慣行而失其效力（*desuetudo*），在現在（即 11 世紀末）已不適用，蓋立法權在當時歸屬於皇帝，但共同之習慣法得因皇帝之默示同意而具有廢止成文法之效果¹³¹。較晚之見解則認為，前述 C. 8, 53, 2 僅排除習慣法具有一般性地廢止成文法之效果，但並未排除地方性或特殊習慣法在其適用範圍內得以排除成文法¹³²。但對於此種效果學者又設有限制：一方面須成文法並未「明示」禁止該特殊習慣；若有一目的在革除此類習慣之成文法出現，則該習慣當然失其效力。另一方面，有肯定習慣具有廢止成文法效力之學者認為，必須從事慣行之人並未陷於錯誤，而此處之錯誤，指從事慣行之人不知習慣與法律相違。換言之，必須從事慣行之人明知違反法律而仍持續為之，始能成立慣習¹³³。然而反對見解認為，此說無異於使明知違法之人處於比因錯誤而不知法律之人更優厚之地位¹³⁴。

131 *Brie* (Fn. 62), S. 121 同意以皇帝知悉該習慣法之存在為前提，但就地方性、特殊習慣法，多擬制皇帝知悉，見 *Brie* (Fn. 62), S. 113.

132 *Brie* (Fn. 62), S. 124.

133 *Brie* (Fn. 62), S. 116.

134 *Brie* (Fn. 62), S. 117.

伍、後註釋法學派

一、概論

後註釋法學派在學說理論史(Dogmengeschichte)上之地位，清楚地展現在習慣法之學說上¹³⁵。後註釋法學派站在註釋法學派之肩膀上，傾注心力於評釋、深化後者之見解，對於羅馬法文本則稍吝於關注。後註釋法學派著重於運用辯證(dialektisch)之技巧，詳細探討牽涉習慣法之諸多個別問題，並提供實際之觀點，特別是考量到斯時義大利及法國諸城市習慣法與民法大全間之關係，頗可見其建立一套習慣法理論之努力¹³⁶。然而正如同薩維尼所評論，後註釋法學派之論述欠缺原創性，觀點重複、冗長且不時流於詭辯¹³⁷。

概念用語上，後註釋法學派探究在民法大全中使用„*consuetudo*“一詞，包含：(1)單純之事實；(2)創造法律之事實；(3)由前述事實所產生之客觀之法。在其論述中，所探討者第3種情形¹³⁸。關於此種意義下之習慣(法)之定義，部分學者採納Azo之見解，認為習慣(法)就是「因長久之習俗所導入之不成文法」(*Consuetudo est ius non scriptum diuturnis moribus introductum*)。但多數學者並不認同，而提出更多不同的概念特徵，強調習慣法之不成文性。但學者間一致認為，群眾默示之意思合致(*tacitus consensus populi*)才是習慣法的形成原因¹³⁹。此項見解與註釋法學派有相當之不同，並某程度已預告歷史法學派對於習

135 Brie (Fn. 62), S. 128. 關此，簡要之說明，可參閱戴東雄(註107)，頁78-90。此處戴東雄以「疏證法學派」稱之。

136 Brie (Fn. 62), S. 129.

137 Friedrich Carl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Bd. VI, 2. Aufl., 1850, S. 468；並參閱戴東雄(註107)，頁84。

138 Brie (Fn. 62), S. 132.

139 Brie (Fn. 62), S. 133.

慣法之立場，亦即習慣法取決於法之確信，慣行只是探求該確信之工具。

後註釋法學派有別於註釋法學派者，尚在於其更加清楚區別成文之*lex*與不成文之*consuetudo*。成文法包含*lex*（即一般性法律）及*statutum*（城市條例），其效力與不成文之*consuetudo*等同，且均來自於群眾集體（*Gemeinwesen*）之意思，差別僅在於表達之方式不同：前者為明示，後者為默示。所有其他城市條例與習慣法之構成要件上之差別，均立足於表達方式之差異上，例如形成所需之時間、形成所需之行為數量及是否須形諸於文字¹⁴⁰。習慣法之形成，絕無須以成文為必要，實務上固然經常將習慣法以文字記錄，然此僅係為便於證明，並無改於其習慣法之性質¹⁴¹。然亦有認為，同一條法律，可能同時屬於成文法及習慣法，例如習慣法之規範經由立法者之肯認，或成文法被習慣性地加以適用¹⁴²。

二、習慣法形成及效力之主觀範圍

Brie指出，不同於契約，習慣法乃人之共同體的產物；依照後註釋法學派之理解，共同體既得以明示方式制定法律，即應有創造習慣法之權限¹⁴³。有疑問者為，羅馬法既以政治體之同意為習慣法之要素，則全體人民中之一小部分所構成之群體，是否亦得創設屬於自身之習慣法¹⁴⁴？依Brie之研究，後註釋法學派採取肯定態度，例如Bartolus認為，主教區修士會議（*Domkapitel*）得創設自己之習慣法，Baldus亦依據D. 1, 3, 32, 3主張，城市中之商人或手工業者行會亦得有自己的習慣法¹⁴⁵。藉由習慣法形成主體之劃分，習慣法之

140 Brie (Fn. 62), S. 134.

141 Brie (Fn. 62), S. 135.

142 Brie (Fn. 62), S. 135.

143 Brie (Fn. 62), S. 138-139.

144 Brie (Fn. 62), S. 139.

145 Brie (Fn. 62), S. 140.

效力範圍也因此確定，習慣法適用於屬於群體之每一個成員¹⁴⁶。另一方面，習慣法亦藉此區分為一般習慣法（*consuetudo generalis*）及特別習慣法（*consuetudo specialis*）。

三、形成習慣法之要素

關於形成習慣法之要素，後註釋法學派原則上依循註釋法學派之基本立場。但如前已提及，後註釋法學派強調，就形成要素而言，內在之默示意思合致¹⁴⁷乃形成習慣法之主要近因（*causa immediata sive proxima*），較外在之慣行更為重要。因而，在外在要素之探究上，亦應回歸內在之意思合致¹⁴⁸。例如慣行必須持續10年以上之期間及至少有兩次相同之慣行，都是因為，唯有如此方足以彰顯內在之默示意思合致¹⁴⁹。法院之判決，亦可成立習慣法，但並不排除法院外之行為，亦可成立慣行而形成習慣法¹⁵⁰。

在內在之默示意思合致方面，如同成文法之制訂，採多數決，而無須取得群體成員全部之同意¹⁵¹。其認為，習慣法之成立，亦為群體之意志宣告某一平日慣行之法則成為未來之法律規範¹⁵²。理論上最大之困難在於代表性問題：若兩此慣行即可形成習慣法，合理推論族群中僅有極少部分之成員參與習慣法之形成，該如何正當化該意思合致業經族群之多數同意？部分學者依循註釋法學派之見解，認為族群之代表人表達出默示之意思合致，即為已足¹⁵³。部分學者則進一步提出「蓋然性理論」：若族群知悉慣行之存在，或很可能知悉其存在，卻未加以反制，即可推認有形成習慣法之意

146 *Brie* (Fn. 62), S. 141.

147 *Brie* (Fn. 62), S. 146.

148 *Brie* (Fn. 62), S. 142.

149 *Brie* (Fn. 62), S. 142.

150 *Brie* (Fn. 62), S. 145-146.

151 *Brie* (Fn. 62), S. 147.

152 *Brie* (Fn. 62), S. 146. 然而此似乎與習慣法之特質不免相違。

153 *Brie* (Fn. 62), S. 149.

思¹⁵⁴。最終理論走向習慣法得否由具國家共同體（*das staatliche Gemeinwesen*）之議會或領袖加以創設。Bartolus認為，法院經作為族群代表之議會之協力所作成之判決，得形成習慣法¹⁵⁵。Bartolus甚而認為，只要經過國家性共同體之領導者之認可，即為足夠¹⁵⁶。另外，關於一般習慣法之形成，學者間意見亦不一致。部分學者認為，如同一般性質之法律，一般性質之習慣法亦僅得經由皇帝之意思加以形成。然其他學者認為，人民並未將形成一般習慣法之權限轉讓給皇帝¹⁵⁷。

持續困擾後註釋法學家者，仍為理性與錯誤之問題¹⁵⁸。不同於註釋法學家，後註釋法學家將理性及錯誤個別處理。在理性方面，特別值得指出者為融入教會法之影響，違反神法（*ius divinum*）或自然法（*ius naturale*），或犯罪，或違反教廷之一般原則者，均被指為不合乎理性¹⁵⁹。在錯誤方面，後註釋法學家不再全以D. 1, 3, 39為中心，而是進行極為細緻之區分，個別法學家間意見更加分歧¹⁶⁰。基本方向是，錯誤具有排除習慣法形成之效力，但此規則僅適用於地域性習慣法。另外又將錯誤分為法律錯誤及事實錯誤，然此區分有何效果，意見紛歧，Bartolus認為事實錯誤排除合意，故具有排除習慣法形成之效力，反之法律錯誤依D. 1, 3, 39僅具有排除類推適用不合乎理性之習慣之效果；其弟子Baldus則認為，事實錯誤並無排除合意之效果，不影響習慣法之形成，但在法律錯誤，習慣法之形成則以明知有違法律為必要。

154 Brie (Fn. 62), S. 149.

155 Brie (Fn. 62), S. 150.

156 Brie (Fn. 62), S. 151.

157 Brie (Fn. 62), S. 151.

158 問題脈絡，參見前註84、87及126處本文之描述。

159 Brie (Fn. 62), S. 155.

160 以下參見Brie (Fn. 62), S. 152-154.

四、習慣法之效力

後註釋法學派亦肯認習慣法具有與法律相等之效力，在兩者之關係上，繼續沿用合於成文法、在成文法之外或反於成文法之用語¹⁶¹。最有爭議的，仍舊是第三種情形，就此有兩項理論發展，一為發展於羅馬法學者（Legisten）自身，一為受教會法影響者。

就前者而言，後註釋法學派幾乎一致認為，較舊之一般性成文法，不僅得由嗣後形成之一般習慣法¹⁶²加以廢止，亦可經由特別習慣法在其適用範圍內加以廢止¹⁶³。至於其正當性，部分學者認此為特殊習慣法固有之效力¹⁶⁴，部分則尋求於皇帝之允許（但一般推認皇帝允許）¹⁶⁵。若成文法明示禁止一定之習慣，後註釋法學派之見解十分複雜、曲折。原則上，若成文法明文禁止一定習慣，即隔絕特別習慣之形成¹⁶⁶。但部分學者（如Petrus de Bellapertica）認為，法律無法預先禁止一般習慣之形成，甚而少數學者認為，縱或法律禁止特別習慣，亦無法阻止未來特別習慣之形成¹⁶⁷。亦有認為，若皇帝基於公共福祉而廢除一定之習慣，即不得再形成此種習慣法¹⁶⁸。

161 *Brie* (Fn. 62), S. 156.

162 一般習慣法與特別習慣法之區分，來自於習慣法形成及效力之主觀範圍，參閱前述伍、二。

163 *Brie* (Fn. 62), S. 157. 關於C. 8. 53. 3，後註釋法學派之解釋與註釋法學派完全一致，請參閱前述肆、三。

164 例如認為適用於某一地區之習慣法本可優先於一般法律，或認為起初正當之法律，可能因為情況之變更，而被更為適當之習慣法所取代。*Brie* (Fn. 62), S. 158 Fn. 15.

165 *Brie* (Fn. 62), S. 158.

166 *Brie* (Fn. 62), S. 158.

167 *Brie* (Fn. 62), S. 159.

168 *Brie* (Fn. 62), S. 159.

就後者而言，Albericus de Rosate採納教會法學者之見解，認為既已存在之特別習慣法不因嗣後出現之一般法律而被廢止¹⁶⁹。Johannes Faber認為，既已存在之習慣法（*consuetudo praecedens*），僅有當成文法中明白表示廢止該習慣法，或至少立法者知悉該習慣法之存在，方得由嗣後出現之一般法律加以廢止，此項見解亦為Bartolus所採¹⁷⁰。Baldus更進一步指出，法律中雖無廢止特別習慣法之明白規定，若該法律對於違犯者科以刑法，或立法廢止習慣法之意志可透過其他方式探知者，仍可廢止該習慣法¹⁷¹。

陸、教會法

教會法（*Kanonisches Recht, Kirchenrecht*），泛指規範神職人員及信眾之舉止、教會組織之構成及教會財產等事項之法律規範的整體。Canon（*κανών, kanón*）¹⁷²一詞本身即為「準繩」、「尺規」之意。教會法之主要特徵，在於其與俗世法爭奪審判權，以確認、強化自身存在之奮鬥過程。此清楚地展現在羅馬教廷與世俗皇權爭奪聖職授予（*Investitur*）之權力鬥爭歷史中¹⁷³。同樣地，關於教會財產之爭議，本非不得依照羅馬法中之私法規則加以裁判，但教會堅守此類事件之審判權，否則無異於教會自願放棄免受世俗法院審判之特權（*privilegium fori*），儘管在此領域教會法仍大量援用羅馬法中關於所有權之規定¹⁷⁴。

169 Brie (Fn. 62), S. 160.

170 Brie (Fn. 62), S. 160.

171 Brie (Fn. 62), S. 160.

172 國內有學者譯為「典律」，參閱李建良，導論：憲政主義與人權理論的移植與深耕——兼從形式平等與實質平等的語辨闡析比較憲法學方法論的諸課題，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務（九），頁14註55（2017年）。

173 就此，參閱Meder (Fn. 44), S. 130 ff.

174 Richard H. Helmholz, *Kanonisches Recht und europäische Rechtskultur*, 1996, S. 192.

Brie在其「習慣法之學說」一書中，專列兩章（第2、5章）探討教會法及教會法學者（Kanonist），有其歷史事實上之背景：直至15世紀，德意志之法律生活強烈受到教會法之統治，斯時教會法比羅馬法更受廣為教學及研究，關於教會法之文獻出版，數量上亦遠優於羅馬法¹⁷⁵。直至16世紀，各邦主愈來愈強調在其自身領土內之最高主權，教會法方逐漸失勢。隨教會法之審判權日益萎縮，大學內也愈來愈少講授教會法¹⁷⁶。

一、概論

教會法之法源，象徵教會法之發展史。與羅馬法自古老的口傳法律至成文的十二表法之發展歷程不同，教會法自始即有成文之傳統¹⁷⁷，其原始基礎為大公會議（Synode, ökumenische Konzil）之決議內容，例如知名之西元325年尼西亞大公會議（確認聖父、聖子、聖靈三位一體之尼西亞信經）。會議之結果即為*canones*，以相對於世俗皇權所制定之*leges*。經歷數個世紀之發展，在教會法領域已累積相當之文本。西元1139至1142年間，曾於Bologna大學專攻教會法之神父Gratian整理大公會議之決議及教皇飭令（*decretale*），編為判例集（*Decretum Gratiani*）。此判例集雖僅為私人學術成果，卻經常成為教會法學從事審判工作之依據。在此判例集之基礎上，教皇Gregor IX於1234年頒佈*Liber extra*，教皇Bonifaz VIII又於1298

175 Udo Wolter, *Ius canonicum in iure civili*, 1975, S. 55.

176 近來，在歐洲法統合之浪潮下，漸有回顧教會法、以尋找歐洲民法共同歷史基礎之聲音，參閱Reinhard Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, JZ 1992, S. 8 (8 ff.) 然而，正如Hans-Jürgen Becker所指出，近代之德國法律人養成改革特重實務取向，諸多基礎科目，如法哲學、法律史及法社會學，有受到邊緣化之危機，而教會法之處境益形危殆，不少教會法之教席（Lehrstuhl）業已遭移作他用。參閱Hans-Jürgen Becker, *Spuren des kanonischen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch*, in: Zimmermann (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, S. 159 (160).

177 Meder (Fn. 44), S. 137.

年頒佈Liber sextus，作為前者之續編。以上文獻，包含其他彙編¹⁷⁸，統稱為「教會法大全」(Corpus iuris canonici)。教會法大全中關於習慣法之部分¹⁷⁹，成為Brie探討教會法對於習慣法之態度之起點。但Brie亦同時觀察到，教會法亦重視民法大全關於習慣法之表述，其結果經常是兩種觀點之混合¹⁸⁰。

整體而言，羅馬教廷對於習慣法採取兩種截然不同之態度¹⁸¹：一是承認習慣法之傾向。幾個世紀以來，教會立法機構之形成與強化建立在習慣之基礎上，此類習慣可回溯至耶穌或門徒口耳相傳下來之命令，而教會法學者將慣行視為源自此一傳統之證明。但由於教會法學者並未細究某一慣行是否果真有前述之傳統，使得教會不得不承認個別的、地方性之教會之習慣。另一則是反對習慣法之傾向。若羅馬教廷代表著神所啟示、永恆不變之意志，那麼自然無法容忍依人的意思所建立、而與神之意思相背之法律及習慣法¹⁸²。在此範圍所促成者為教廷之權威及教會之一體性 (Einheit der Kirche)。整體而言，Decretum Gratiani採取對習慣法較為限縮之態度，而其他彙編 (Dekretal) 則嘗試平衡習慣法與法律¹⁸³。

Brie指出，關於習慣法，教會法大全中絕大多數為承認習慣法作為法源之一般性表述，僅有對兩項特殊問題著力較深，而值得關注¹⁸⁴：1. 習慣與自然法 (*ius naturale*，或謂神法，*ius divinum*) 及理性 (*ratio*) 之關係；2. 習慣法與 (教會之) 人法的關係，特別

178 參閱Helmholz (Fn. 174), S. 16.

179 特別是Decretum Gratiani第1部分之第8、11、12節 (distinctio) 及第1部分之第1、4、6、14節關於習慣法之一般性表述。以及Liber extra第1冊第4章第11節 (X. I. 4. 11) 之„de consuetudine“。Brie (Fn. 62), S. 59 f.

180 Brie (Fn. 62), S. 61.

181 Brie (Fn. 62), S. 61.

182 在此值得引用歌林多後書5章17節：「若有人在基督裡、他就是新造的人，舊事已過、都變成新的了。」(粗體為筆者所加)

183 Brie (Fn. 62), S. 63 f.

184 Brie (Fn. 62), S. 66 f.

是涉及*legitima praescriptio*（因慣行而破除成文法所需之期間）之要求。因此，Brie將僅就這兩項問題加以討論。

二、自然法及理性作為習慣法之限制

將神之啟示視為習慣法所不得逾越之限制，業已見於早期神學家之著作中。例如Terullian（西元150-230年）將源自於神之理性（*ratio*）視為習慣具有拘束力之基礎，並認為縱使是古老之習慣，若其與「真理」（*veritas*）相違，也應受譴責¹⁸⁵。Cyprian（西元200-258年，為Terullian之門生）及Augustin（西元354-430年）亦將真理與理性同視¹⁸⁶。Decretum Gratiani將自然法（*ius naturale*）視為習慣法之限制，而所謂自然法，指新、舊約聖經所揭示、神給予人之理性（*ratio*）¹⁸⁷。

相反地，Gregor IX於其Liber extra中則清楚區分違反自然法（神法）與欠缺（狹義之）理性¹⁸⁸。此等區分，反映出教會等級制度及教皇權力之提升：除神的話語外，教廷亦可認定某些原則乃絕對不可違背，否則即屬欠缺理性（*Irrationabilität*）¹⁸⁹。其包括三種情形¹⁹⁰：（1）習慣包藏罪性，而危害靈魂之救贖者。此種習慣不因歷時長久而被正當化，蓋時間越久，罪性越重；（2）違反教會基本組織之規範（特別是教會法院對於教會事務之專屬審判權）；（3）違反個別機構之本質者。

185 Brie (Fn. 62), S. 67. 約翰福音14章6節：「耶穌說：『我就是道路、真理、生命，若不藉著我，沒有人能到父那裡去。』」（粗體為筆者所加）

186 Brie (Fn. 62), S. 68.

187 Brie (Fn. 62), S. 68 f.

188 Brie (Fn. 62), S. 69. 值得注意的，教廷認為，不僅習慣法，成文法亦不得抵觸狹義之理性。然而此處之習慣法或成文法主要限於具地域性質者——教會等級制度及教皇權力之提升——蓋通行於整個羅馬教會之習慣，一旦具備成立習慣法之要素，縱使法律觀已有變化，亦難以將其論斷為欠缺理性而自始無效。參閱Brie (Fn. 62), S. 75 ff.

189 Brie (Fn. 62), S. 69.

190 Brie (Fn. 62), S. 70 ff.

有上述違犯情事者，其習慣被稱之為「惡慣」(*pravus usus, prava consuetudo*)、「劣習」(*mala consuetudo*)或「濫習」(*consuetudo abusiva*)等¹⁹¹。其違犯與否，由教皇或大公會議宣告之，在個案中亦得由法官加以認定¹⁹²。一旦被宣告違反理性，該習慣法並非僅僅向未來失去效力，而是徹底被剝奪其法之效力，亦即自始、絕對無效¹⁹³。但在例外情形，教皇得基於特殊理由容忍其存續。

就此值得舉一例¹⁹⁴說明之：曾在修道院中接受過初步的法學教育的Eike von Repgow，在其所書寫之薩克森寶鑑（*Sachsenspiegel*）中，依據凡人皆依神的形象創造之思想，針砭當時之法律思想（認為奴隸乃無自由且不受法律保護）。Repgow認為，依照「真理」，奴隸不自由之來源乃強制、囚禁及暴力，然而這些長久以來積累為「惡習」，如今竟被視為正當。

三、習慣法對抗成文法之效力及*legitima praescriptio*之要求

關於習慣法是否有廢止成文法之效力，*Decretum Gratiani*採取否定見解¹⁹⁵。其後之文獻，則逐漸轉向肯定說。在*Liber extra*中，教皇Innocenz III針對多起關於主教及修道院院長選舉之判決表示，個別之習慣得在符合一定條件下優於羅馬法。教皇Gregor IX更進一步表達其條件，一是該習慣須合乎理性（*Rationabilität*），二是與成文法相違之習慣，須持續達一定時間，始有廢止該成文法之效力，即*legitima praescriptio*之要求¹⁹⁶。

所謂*praescriptio*，表達「經過一定時間發生特定效果」，技術上

191 Brie (Fn. 62), S. 72.

192 Brie (Fn. 62), S. 73.

193 Brie (Fn. 62), S. 73 f.

194 Becker (Fn. 176), S. 159, 163.

195 Brie (Fn. 62), S. 78.

196 Brie (Fn. 62), S. 81 f.

包含主觀權利之取得（例如取得時效）及免除一定之法律義務（例如：消滅時效）。Liber extra第1冊第4章第11節（X. I. 4. 11）針對習慣法之形成，提出*legitima praescriptio*之概念，開啟後世之學說爭議。Brie指出，依照X. I. 4. 11之意旨，習慣法（*consuetudo*）也是時效制度（*praescriptio*）之適用對象，不同於註釋法學派嚴格區分時效制度與習慣法，教皇經常將時效準用於習慣法，故習慣法之形成原則上需要10年之慣行¹⁹⁷。但若習慣法違反成文法，則需要40年之持續慣行，才有廢止成文法之效力¹⁹⁸。據此已隱含，教皇認為習慣法相較於成文法僅具有較低之權威¹⁹⁹。蓋具有廢止成文法效力之習慣法，相當程度超越教會成文法之權威，故須較長之期間²⁰⁰。儘管如此，Brie根據其研究強調，40年之要求，僅限於新成立之習慣法違反一般性之教會成文法，而不及於新成立之習慣法違反舊有習慣法、違反個別之教會成文法或違反俗世法之情形²⁰¹。

在舊有之個別習慣法與新頒佈之一般教會成文法之間，處理方式又有不同。Ulpian D. 47. 12. 3. 5記載，羅馬皇帝哈德良（Divus Hadrianus）曾在函覆（*rescriptum*）中表示，禁止在城市內埋葬之一般命令，優於與此內容相反之個別城市法令。依據本條，註釋法學者及早年之教會法學者均主張，後頒佈之成文法優於舊有之個別習慣法。然此一規則，應用於教會法領域，則有極大之顧慮。因為，當教皇之一般性立法越來越頻繁，越不可能顧及個別教會或個別成員之特殊需求。職是，教皇Bonifaz VIII表明，舊有之規範，不因教皇頒佈之新法令而受影響其效力，除非法令中有明文之規定²⁰²。

197 Brie (Fn. 62), S. 84 ff.

198 Brie (Fn. 62), S. 87 f.

199 Brie (Fn. 62), S. 88.

200 Brie (Fn. 62), S. 89.

201 Brie (Fn. 62), S. 90 f.

202 Brie (Fn. 62), S. 93 f.

四、習慣法之效力

爭議之焦點，仍在於習慣法是否有廢止成文法之效力。Decretum Gratiani所持之否定立場，很早就被中世紀教會法學者揚棄²⁰³。註釋Decretum Gratiani之學者多已採肯定說，只是依據、條件為何，仍處於諸說併陳，而難以確定²⁰⁴。但學界通說不久便採取更為簡化之作法，而僅著眼於Liber extra第1冊第4章第11節所設之條件²⁰⁵。Brie特別列舉當中幾個較為精彩之論點如下：

- A. 否定說見解認為，成文法是「善」的，因此成文法不得經由一系列違法之行為而廢除。對此肯定說反駁，成文法仍有可能欠缺理性，此外，該法慣性地被違反，顯見情況已然變更，起初所預設之理性已不存在。縱認該理性依然存續，該法不斷被違反，足見其適當性已受質疑²⁰⁶。
- B. 否定說認為，私人並無造法之權，因此亦無廢止法律之權。對此肯定說反駁，族群有立法之權限，縱否認之，其慣行亦得經由立法者之同意或容忍獲取法律效力²⁰⁷。
- C. 理論上不一致之處可能出現在，個別、位階較低之成文條例（Statuten）不得違反一般之教會成文法，卻允許個別習慣法為之。學者尋其理由於，此類習慣並非對於教廷權威之嚴重反抗，另一方面，革除該習慣通常會引來比廢除個別條例更大之不滿²⁰⁸。

203 Brie (Fn. 62), S. 188.

204 參閱Brie (Fn. 62), S. 189 f. 所示之見解。

205 Brie (Fn. 62), S. 191.

206 Brie (Fn. 62), S. 193.

207 Brie (Fn. 62), S. 193. 由此亦可看出，立法者之同意在學說史上並非必然處於與習慣法對立之位置，反而是要解救習慣法效力來源之論理困難。

208 Brie (Fn. 62), S. 193 f.

- D. 早年之教會法學者尚主張，習慣法欲廢止法律之效力者，需個別取得教皇之同意。依照較晚之學者、並成為通說之見解，只要符合Liber extra第1冊第4章第11節所設條件，便可一般性地獲得同意，而無個別取得許可之必要²⁰⁹。
- E. 比較迂迴曲折的，是成文法中明示禁止一定行為或習慣之問題。有見解認為，若成文法明文禁止、或立法者刻意禁止一定之行為或習慣，其不但革除既已存在之習慣，亦禁止未來習慣之發生。但就此採限縮解釋，限於當公共利益支持成文法阻絕該習慣之發生時²¹⁰。

柒、中世紀教會法學（Kanonistik）

一、概論

關於習慣法之討論，在中世紀教會法學之文獻中佔據相當大之篇幅。其毋寧起因於私人（如Decretum Gratiani）或官方（如Liber extra）之判例集將習慣法納入法源之探討，因而成為中世紀講課及著述之基礎²¹¹。另一方面，雖然教會法因愈來愈多教皇飭令之頒佈而統一化，個別教會之習慣仍被保存下來，就此等習慣是否合乎理性（*ratio*）之探討，進一步深化教會法習慣法理論之發展²¹²。前所述及，教會法基礎文本中對於習慣法不友善（Decretum Gratiani之基本立場）及友善（Liber extra已降）的兩種傾向，亦呈現在中世紀教會法學中²¹³。

209 Brie (Fn. 62), S. 199.

210 Brie (Fn. 62), S. 200.

211 Brie (Fn. 62), S. 165.

212 Brie (Fn. 62), S. 166.

213 Brie (Fn. 62), S. 166.

中世紀教會法學探究之對象，主要以Decretum Gratiani及其他官方判例集中涉及習慣法之論述為主。此外，Thomas von Aquino之經院哲學思想，亦少許摻雜於其中²¹⁴。影響力較大者，仍舊是羅馬法學者（Legisten）之學說，亦即註釋法學者及後註釋法學者關於習慣法之見解²¹⁵。只要教會法中未設異於羅馬法規定之處，或教會法就特定之點尚無清楚之見解者，中世紀教會法學者均附和羅馬法學者之見解，此點特別見諸於習慣法之定義、形成習慣法之群體範圍、形成習慣法之要素、習慣法之效力及習慣法之訴訟上證明²¹⁶。最具權威者，為Bartolus之著作。教會法學者有獨自之創見者，前已述及，僅限於習慣法與理性（*ratio*）之關係、與成文法之關係及所謂*legitima praescriptio*之概念²¹⁷。值得注意的是，此類獨立於羅馬法之教會法創見，僅適用於教會法，而不適用於俗世法²¹⁸。此與後述之神法及人法之區分，相互一致。

然不可忽視的是，教會法之整體觀點特別重視人之內心²¹⁹，因而在習慣法之形成要素方面，其較羅馬法學者更側重內在之要素，特別是以下將會談到，其要求內在要素中必須包含對於法拘束力之確信（*opinio iuris sive necessitatis*）²²⁰。

二、形成習慣法之要素

早在對於Decretum Gratiani之註釋中，教會法學者已透露如下見解：*consuetudo*之形成，若實行慣行者僅有其行使一定權利之確

214 Brie (Fn. 62), S. 166.

215 Brie (Fn. 62), S. 167.

216 Brie (Fn. 62), S. 167.

217 Brie (Fn. 62), S. 168.

218 Brie (Fn. 62), S. 168.

219 教會法刑法領域特別著重罪責（*imputabilitas*）、故意（*dolus*）、過失（*culpa*），而進行深入之探討。參閱Wolter (Fn. 175), S. 7.

220 Brie (Fn. 62), S. 168.

信，仍屬不足，尚須有「在未來亦依循此一習慣而行」之意圖²²¹。教皇Innocenz IV則更主張，實行慣行者除確信其本身有一主觀權利外，尚須相對人確信其有相應之法律上義務²²²。其後之學說發展，則是一方面基於羅馬法學說匯纂中之片段(D. 43, 19, 1, 6)，主張行為須非因外在的、排除權利行使意志之情事(亦即：不得不然*necessitas*)所促使，另一方面則又基於教會法中之片段，認為自由的、非出自遵守法律之意思而來之行為，亦無從構成習慣法²²³。職是，出於友好或善待他人之意思之重複慣行，無由成立習慣法。不符合上述要求之行為，用語上稱之為「單純自由之行為」(*actus merae facultatis*)²²⁴。據此，中世紀教會法學開啟往後「法之確信」(*opinio iuris sive necessitatis*)作為習慣法成立要素之先河²²⁵。

前已提及，自然法及理性在教會法中係作為習慣法之限制。受到Thomas von Aquino之影響，理性(*ratio*)更進一步成為創造習慣法之核心要素²²⁶。Thomas認為，習慣法與成文法一樣，都是受理性所決定之意志的產物；Thomas甚至認為，默示之行動比文字本身更能證明前述意志之存在²²⁷。Thomas認為，法律之終極目的乃公共善(*bonum commune*)，而此等「善」之於神法(*ius divinum*)及人法(*ius humanum*)各有不同之意義：之於前者乃天國永久之福氣，於後者乃內在於一時之族群之外在和平²²⁸。受此影響，教會法學者Guido de Baysio認為，除*voluntas*(意思)或*consensus*(意思合致)外，*ratio*亦屬構成習慣法之基礎²²⁹。同受Thomas思想影響

221 Brie (Fn. 62), S. 171.

222 Brie (Fn. 62), S. 173.

223 Brie (Fn. 62), S. 175 f.

224 Brie (Fn. 62), S. 177.

225 Brie (Fn. 62), S. 177.

226 Brie (Fn. 62), S. 178.

227 Brie (Fn. 62), S. 178 f.

228 Brie (Fn. 62), S. 179.

229 Brie (Fn. 62), S. 179.

者尚有 Antonius a Butrio，其認為，俗世法之目的在於公眾之善 (bonum publicum)，神法之目的則是靈命的幸福，因此教會法中之習慣亦應符合理性之要求²³⁰。

但仍有學者仍將理性視為習慣法之限制，論述上可能主張習慣法不得違反新、舊約所蘊含之神法，亦不得違反神灌輸給人類之自然法 (Thomas之神、人法區分)。但即便違反二者之一，只要並未犯「罪」，習慣法仍有其效力²³¹。整體之學說發展趨勢，走向於逐漸限縮理性之要求，只有當習慣法特別有害於教廷時，才失去效力²³²。甚而某些違反理性要求之習慣法，也出於避免造成公憤之理由，而被容忍²³³。此外，中世紀教會學說一再強調，理性之要求僅適用於教會法領域，而不適用於俗世法²³⁴。

早期見解認為，習慣是否合於理性之要求，不應由法院，而應由教皇決定之，蓋教皇負有根除劣習之任務²³⁵。然其後之通說是，此一判斷應交由法院決之，因為對於理性或不理性無法建立確定之準則²³⁶。

值得再次提起的是，依照中世紀教會法學說之見解，理性之要求不僅適用於習慣法，亦適用於成文法。較晚之教會法學者則認為，只有地方性之條例 (Statuten) 才受理性要求之制約，源自最高立法權之法律則否，理由是假定最高首長通過法律時具備充足之理性²³⁷。

230 *Brie* (Fn. 62), S. 180.

231 *Brie* (Fn. 62), S. 181.

232 *Brie* (Fn. 62), S. 184.

233 *Brie* (Fn. 62), S. 185.

234 *Brie* (Fn. 62), S. 185.

235 *Brie* (Fn. 62), S. 185.

236 *Brie* (Fn. 62), S. 186.

237 *Brie* (Fn. 62), S. 187.

捌、中世紀之德意志法

一、概論

如同Brie所言，直至中世紀末，德意志民族之法律泰半源自於習慣，在繼受羅馬法以前，並未發展出任何習慣法之理論，甚而直到19世紀。亦無任何文獻嘗試從眾多習慣法來源中歸納出德意志民族關於習慣法之法思想²³⁸。此一特徵，原因在於直到16世紀，德意志法學²³⁹仍處於低度發展之狀態，其欠缺抽象化之能力及清晰之概念形成²⁴⁰。此外，13世紀由私人編纂之法律書（Rechtsbücher），紀錄大量習慣法，但並未清楚區分習慣法與制定法（Satzung）；法律書中也收錄規範小型團體中法律關係之規範，其並未區分習慣法與源遠流傳之傳統；一般性之法律宣示與個別案件之法院裁判，均由法院以判決形式為之。以上種種，均使後世難以勾勒出「習慣法」此一概念之外延，而阻礙習慣法理論之發展²⁴¹。涉及德意志習慣法之資料極為龐大、零散及破碎，受義大利後註釋法學派及教會法學者之排擠，18世紀之德意志法學文獻在論述上極為有限。縱使19世紀之文獻有意遠離前述共同法法學之影響，對於追溯古老之德意志法律狀態及法律思想之努力，仍顯有不足，而這正是Brie在本書最末一章所欲積極補充的。

238 Brie (Fn. 62), S. 202, 209 ff.

239 有關德意志民族自民族大遷徙前至16世紀之法律發展，參閱Brie (Fn. 62), S. 203-209. 在此值得一提者為，民族大遷徙前，德意志民族之法律生活受不成文、與風俗（Sitte）難捨難分之習慣之規範，民族大遷徙後（特別是在法蘭克王國），習慣（法）逐漸行諸於文字記錄，然亦未窮盡。然而直到13世紀，此種文字化之習慣法又逐漸不再被適用，德意志民族再度回到猶如遠古之不成文法狀態。惟此時私人之法律書（Rechtsbücher）編寫興起，在小型自治團體也出現習慣法之書寫。中世紀末神聖羅馬帝國之立法工作，亦主要集中在確認業已形成之習慣法規範，及排除違反一般法意識之習慣之法效力。

240 Brie (Fn. 62), S. 210.

241 Brie (Fn. 62), S. 210 ff.

二、用語問題

關於「習慣法」之用語，德意志法在中世紀之文本中極為分歧。探討用語之意義，在於藉由各該用語在文本中之脈絡，瞭解德意志民族對於習慣法之法意識為何，以及其對於形成習慣法之要素之觀念為何²⁴²。

- A. 在拉丁文之用語上，最常被使用者依然是„*consuetudo*“，間或出現„*mos*“、„*usus*“或„*ritus*“。此類用語可能同時或交叉出現，但意思上並無任何不同²⁴³。值得注意的是，„*consuetudo*“也常被使用在主觀權利或對應之義務（例如稅金）上²⁴⁴。
- B. „*consuetudo*“在文本中經常結合*ius*、*iustitia*、*rectum*、*lex*，由此可展現出，德意志民族意識到，單純之慣習並不當然有法之效力²⁴⁵。值得注意的是，Brie主張，*iustitia*或*iusta*之用語，並非在表示「正與不正」之問題，而是在表達有無法之效力。此點可以從以下脈絡看出：*consuetudo*在文脈中被拿來與法律相對、而被形容為„*iniusta*“²⁴⁶。
- C. 如前所述，由於並未明白區分制定法與習慣法，因此*lex*亦常被用來指涉習慣法²⁴⁷。
- D. *pactus*亦常被用來指涉習慣法，由此可看出，德意志民族認為法乃立基於全體成員之合意之上²⁴⁸。

242 Brie (Fn. 62), S. 212.

243 Brie (Fn. 62), S. 213.

244 Brie (Fn. 62), S. 214.

245 Brie (Fn. 62), S. 215.

246 Brie (Fn. 62), S. 216.

247 Brie (Fn. 62), S. 217.

248 Brie (Fn. 62), S. 218.

E. „*consuetudo*“或„*mos*“也被用來廣泛地指涉客觀之法。此乃是由於欠缺制定法與習慣法之明顯分界，以及中世紀德意志法中率多由習慣法所構成²⁴⁹。

F. 在德語用語上，在法律書中最常出現者為*Gewohnheit*，*Sitte*及*Gebrauch*（*Brauch*）也常被使用。在較小之團體，*Herkomm*也經常被使用，表達出其源自古老之時代²⁵⁰。

G. *Gewohnheit*有時也被用來指涉主觀權利²⁵¹。

H. 與前述„*consuetudo*“相仿，*Gewohnheit*經常加上名詞*Recht*或形容詞*recht*，表達出具有法之效力²⁵²。

三、形成習慣法之要素

德意志民族極為重視法文或慣習之歷史。在文本中經常強調的是習慣極為古老，或來自於祖先²⁵³。習慣越古老，越具有正當性及法之效力，反之新的習慣經常被視為不法（*Unrecht*），特別是在新的勞務或稅捐負擔²⁵⁴。

儘管如此，習慣法之形成是否以慣行為必要，並非毫無疑問。蓋習慣可能包含某一法律規則一再、長期性地「適用」（*anwenden*）於社群之成員，亦包括該法律規則為社群成員所反覆「操習」（*üben*），二者均表達出某一法律規則長期存在之事實²⁵⁵。就此在中世紀德意志法之文獻中欠缺直接之論據，因而例如Stobbe

249 *Brie* (Fn. 62), S. 218 f.

250 *Brie* (Fn. 62), S. 219 f.

251 *Brie* (Fn. 62), S. 220.

252 *Brie* (Fn. 62), S. 221 f.

253 *Brie* (Fn. 62), S. 225 ff.

254 *Brie* (Fn. 62), S. 228.

255 *Brie* (Fn. 62), S. 230. 轉換為現代之法學問題則是「法官法是否為習慣法」之爭論。

及Dahn等19世紀學者均主張，古德意志法中之習慣法之成立，不以慣習為必要²⁵⁶。但Brie認為，此種見解毋寧違反德意志民族特別強調外在表現形式之基本法律思維²⁵⁷；而文本中經常出現*consuetudo/Gewohnheit*與*ius/Recht*之對比，並不表示，慣習並非成立習慣法之要件，毋寧表示，除慣習之外，尚須其他要素方足以成立習慣法²⁵⁸。就此Brie亦提出數條文本上之論據，證明慣習之於習慣法之形成而言乃不可或缺²⁵⁹。

針對形成習慣法之內在要素，Brie之重要觀察及論點在於，德意志法本諸於固有之觀點——亦即非受共同法（羅馬法及教會法）影響——即認為內在之精神性要素乃成立習慣法之要素²⁶⁰。此見解已見於法蘭克帝國之法律，其基於其民族固有之觀點，對於習慣性之壓迫或自由意志之給予，均不承認其具有法律拘束力²⁶¹。此外，徹底彰顯德意志民族觀點之農民法源亦清楚區分「習慣」與「法」²⁶²，是以單純之慣習尚不足以形成習慣法。

僅僅外在之慣行尚不足以成立習慣法，而尚須具備內在之精神

256 亦即，受到歷史法學派之主張影響，認為慣行僅是認定習慣法存在之證據，而非形成習慣法之要件。

257 Brie (Fn. 62), S. 231.

258 Brie (Fn. 62), S. 232.

259 Brie (Fn. 62), S. 232 und Fn. 32. Magdeburger Fragen I Capit. 1. Dist. 1: „...doch besten alde gute gewonheit by dem rechte wol unde machen eye recht in lenger cziet.“ Die Magdeburger Fragen (馬堡問題)。「馬堡問題」乃Magdeburg市之審判員 (Schöffen) 所做成之裁決的集成，出版印行於1517年，與薩克森明鏡 (Sachsenspiegel) 一同問世。參閱Bernd Kannowski, „is sint nicht vil wort die eynen man schuldig machen“, in: Cordes/Rückert/Schulze (Hrsg.), Stadt – Gemeinde – Genossenschaft: Festschrift für Gerhard Dilcher zum 70. Geburtstag, 2003, S. 45 (62).

260 Brie (Fn. 62), S. 235. 在此值得一提的是，Brie並未引用19世紀歷史法學派觀點之文獻，而是忠於德意志法文獻之考證。

261 Brie (Fn. 62), S. 236.

262 Brie (Fn. 62), S. 237 und Fn. 8.

性要素，在德意志法之文本中並沒有清楚明確的表述²⁶³。但Brie之結論與其他19世紀學者一致²⁶⁴，但其係基於對德意志法文本所得出之觀察，亦即行為縱重複為之，惟若來自於不正之強迫（*unrechter Zwang*）及出自於自由意志之給予（*freiwillige Gewährung*），仍不足以形成習慣法²⁶⁵。就前者而言，出現在中世紀法律書、判例集（*Weistum*）或帝國法律中之觀點是「上百年來之不法不會成為法」（*Hundert Jahre Unrecht getan wird nimmer Recht getan*）²⁶⁶。法蘭克王國之法令（*Kapitularien*）揭示一項禁令，即欠缺法律上依據之稅捐或其他負擔，縱使歷時已久，亦不得繼續徵斂²⁶⁷。相反地，給予若係出於自由意志，或經請求而後准許，縱多次為之，至多形成習慣，而不至於成為法律²⁶⁸。

至於此一內在之精神性要素，究為意志（*Wille*）或確信（*Überzeugung*），Brie傾向於後者，但認為二者均能在文本上找到依據。二者之差別，在於前者係實行慣行之社群成員有意創設向未來生效之規範，後者則係認其慣行符合業已存在之法律²⁶⁹。

以上見解，已受到現代法律史學者之挑戰。Krause認為，在習慣之外另增如期間、意志或確信之要求，均屬不當地將現代之思考方式加諸於過於歷史事實。事實上，在中世紀之法律生活中，所謂的習慣大多是（習慣）法。附加於*consuetudo*之形容詞（*antique, longa, bona, iusta*），只是描述，而非要件。許多與*mala, detestabilis, irrationabilis, iniusta, perversa*等形容詞連結之*consuetudo*，不被認定為法律，但其背景是，在需要相當之功夫才

263 Brie (Fn. 62), S. 244.

264 Brie (Fn. 62), S. 248.

265 Brie (Fn. 62), S. 237.

266 Brie (Fn. 62), S. 237.

267 Brie (Fn. 62), S. 238.

268 Brie (Fn. 62), S. 239.

269 Brie (Fn. 62), S. 245 f.

能創造或廢除制定法之時代，統治者通常以宣告特定習慣為惡習之方式，以免一再重複之行為被正當化²⁷⁰。

究竟*iusta*所表達者係「有無法之效力」或「是否符合正義」，在中世紀德意志法之文本中欠缺一致之答案。Brie認為，依德意志民族固有之觀點，習慣是否具有法之效力，與其是否合乎正義無關。依習慣之「善」或「惡」定其法效力，乃受教會法學之影響。此可追溯至基於宗教及教會思維，而對抗異教信仰，例如卡洛林王朝統治者曾以嚴厲之刑罰對付帶有異教信仰之慣習²⁷¹。

關於中世紀德意志習慣法之成立要素，Brie尚指出一項特色，值得關注，亦即習慣法規則之成立與效力，與其適用及認識間，存在緊密之關連²⁷²。習慣法來自於共同體成員之共同確信及一致之行為，習慣法為共同體成員所明知，其不僅直接適用於法律實行中，也適用於司法裁判中²⁷³。裁判者來自於共同體成員，其與具體訴訟紛爭中之當事人，共享相同之生活關係，因此，裁判者依習慣法為裁判，無須特地調查習慣法之成立要素是否具備，而只須依循自身之法之確信²⁷⁴。職是，「法之指引」(Rechtsweisung)與「法之發現」(Rechtsfindung)緊密難分²⁷⁵。

四、習慣法之效力

Brie認為，德意志民族依其固有之觀點，賦予習慣法與制定法相同之效力²⁷⁶。雖然習慣法與制定法並列之情況，在中世紀晚期之法源才出現，Brie的解釋是，在整個中世紀，*lex*與*consuetudo*欠缺

270 Krause (Fn. 16), Sp. 364-375.

271 Brie (Fn. 62), S. 240. 與此見解一致，Krause (Fn. 16), Sp. 364-375.

272 Brie (Fn. 62), S. 258.

273 Brie (Fn. 62), S. 259.

274 Brie (Fn. 62), S. 259.

275 Brie (Fn. 62), S. 260.

276 Brie (Fn. 62), S. 251.

明確區分，二者交替使用之情況十分常見²⁷⁷。此外，從德意志法源之發展史來看，習慣法原本係德意志唯一之法源，其後也成為神聖羅馬帝國主要之法源，比制定法享有更高之聲望²⁷⁸。職是，習慣法具備廢棄成文法之效力，似屬理所當然，然而文本上卻難以尋得直接依據。Brie之解釋是，整體而言制定法僅佔法源極小之比例，而被書寫下來之法律，如前所述，如長久不受遵循或出現相反之習慣，族群對其具體內容逐漸不復記憶，如此一來即難以使人意識到習慣法之廢止效力²⁷⁹。

玖、羅馬法繼受時期²⁸⁰ 德意志法學家之立場

Brie「習慣法之學說」一書僅涵蓋羅馬法至中世紀，故其於1905年所發表之「羅馬法繼受時期德意志法學家對於習慣法之立場」(Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht)²⁸¹可視為該書之續作。如同文初所提及，Brie為文旨在批判歷史法學派之見解，即認為「羅馬法繼受時期之法學家對於習慣法採取敵對態度」之觀點，換言之，德意志法學家並未因繼受羅馬法(更精確而言：共同法，即羅馬法及教會法)而排斥其固有之習慣法。在此Brie舉出大量15世紀末至17世紀之德意志法學家之見解，佐證本時期之法學家甚至比其追隨之後註釋法學派更重視習慣法²⁸²。由於本時期之德意志法學家大抵追隨後註釋法

277 Brie (Fn. 62), S. 252.

278 Brie (Fn. 62), S. 253.

279 Brie (Fn. 62), S. 257.

280 對此，依Brie之理解係15世紀末至17世紀。

281 Siegfried Brie, Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht, in: Breslauer juristische Fakultät (Hrsg.), Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum, 1905, S. 129 ff.

282 Brie (Fn. 281), S. 134 ff. 值得注意的是，17世紀德意志國家法之新學說將德國習俗視為等同於帝國成文法重要法源。Brie (Fn. 281), S. 137.

學之見解，故以下僅特就習慣法有無廢止成文法之效力加以介紹。

依羅馬法繼受時期法學家對於習慣法之基本立場，習慣法具有完全等同於成文法之效力，二者之差別僅在於前者係明示立法（*statutum expressum*），後者為默示立法（*statutum tacitum*）²⁸³。甚而部分學者賦予習慣法優於成文法之效力，而部分學者認為成文法只有在習慣性被接受時，才有效力²⁸⁴。在此背景下，學者一致肯認習慣法具有廢止成文法之效，亦不足為奇²⁸⁵。此觀點對於整個16世紀而言，猶具意義²⁸⁶，因為斯時源自16世紀之洛塔爾傳說²⁸⁷尚未被Hermann Conring（1606-1681）所破除。羅馬法相對於習慣法，僅具有補充效力。

在習慣法與羅馬法之關係上，存在一項解釋原則，即習慣法與羅馬法相抵觸時，應對習慣法作限制解釋及與羅馬法相符之解釋。但Brie指出，此點並不足以證明此時之法學家對於習慣法採取敵對立場。毋寧此種源自後註釋法學派之解釋方法，本即適用於地方習慣法及地方成文法（*partikuläre Statuten*），然而依照德意志法學家之觀點，此種解釋方法極少適用於習慣法²⁸⁸。

拾、結論

如同Brie所自承，其著作旨在歷史資料之呈現，而非學說之創設，換言之，Brie無意建立一套貫穿古今、解釋過去與現在之習慣法理論。所謂「形成習慣法之要素」或「習慣法之效力」，僅僅是

283 Brie (Fn. 281), S. 138.

284 Brie (Fn. 281), S. 153.

285 Brie (Fn. 281), S. 153.

286 Brie (Fn. 281), S. 154.

287 關於洛塔爾傳說，參見前註46。

288 Brie (Fn. 281), S. 157.

觀察各時代或學派之習慣法法論之指標。由上述觀察亦可看出，兩者間存在交互關係，經常必須作為一個整體加以觀察。

雖然Brie之論述間或仍無法完全擺脫歷史法學派之羈絆（例如仍側重內在精神層次之要素），然其仍促使讀者反思歷史法學派浪漫主義式之習慣法概念，並尊重習慣法作為一種歷史事實之存在。將Brie之論述與von Savigny及Puchta之習慣法概念對立，有助於突顯Brie之貢獻。

首先，在Brie論述中，可產生習慣法之主體，並非浪漫主義式的民族（Volk）。部族、鄉村、城鎮、行省、封建領地，乃至整個帝國，甚而個別教會及整個教會階層體系，均屬可發生習慣法之範疇。習慣法並非透過民族精神而領受，而是一項經歷相當之期間、規範一地或一群人之法律生活之事實。習慣法並非作為總體之一部並彰顯總體之個體，歷史經驗揭示之原則反而是：個別之習慣法優先於一般法。每一群體之慣習事實均可形成習慣法，個別習慣法必須為其生存而在不同法規範圍奮鬥。統治者出於治理需求，有時明認、默認或承受個別習慣法，有時則又須革除個別習慣法。此外，統治者自身之慣行也可能形成習慣法而拘束自我，並由此可能發生一般習慣法與個別習慣法間之調和問題。此項理解，適糾正歷史法學派之習慣法概念過度私法化²⁸⁹之傾向，從而承認在憲法或行政法形成習慣法之可能性。

其次，在習慣法理解及形成習慣法範疇多樣化後，von Savigny「法律之發展自民族生活轉移至法學家之手」之論點，便無法完全獲得維持。以前述中世紀德意志習慣法為例，文字記錄及敘述僅僅是習慣法發展之現象及中繼站，習慣法之生成與遞嬗，正如同von Savigny所言，並不因文字記錄而停止。文字記錄僅僅是認識習慣

289 Mokre (Fn. 66), S. 14.

法之媒介，並非習慣法本身，Brie在著述中亦不時揭露，法律書之私人編輯者帶有何種之偏見。此外，反於von Savigny及Puchta，立法者亦非民族精神之代表。成文法經常是業已存在之法律上習慣之文字化，如承認持續發展之習慣法仍具有廢止成文法之效力，則造法之權力繼續存在於集體成員之手，而非終局地移交於專家團體。

由Brie關於教會法及德意志法之介紹可看出，群體塑造其法律時，除依循慣例，也採納外來之法律經驗。教會在發展過程中已累積相當之法律治理經驗，但也借重羅馬法之規則及權威。德意志民族發展其固有法，但同時也借用羅馬法及教會法中之概念工具。

Brie之「習慣法之學說」對當前臺灣法秩序之啟發，或許在於借重教會或德意志民族在現代國家及法典化以前之法律經驗，重新思考漢人或原住民傳統習慣在同樣繼受市民法傳統之臺灣法秩序中之位置。民法第1條及第2條規定所呈現之習慣法與成文法間之消長關係，在法典化以前業已存在。重點並不在於成文法與習慣法之位階關係^{290、291}——畢竟在法律適用之技術上，藉由成文法之限縮解

290 甚而是否果真存在此一地位關係，仍須存疑，至少瑞士民法學者對於瑞士民法第1條之解釋並未採取地位關係之立場。關鍵在於，習慣法除向來所承認之補充及解釋/承認成文法效力外，是否具有改變或破除（*derogatorische Wirkung*）成文法之效力？瑞士民法第2條（相當於我國民法第2條）之草案曾明白揭示習慣法無此效力，現行第2條則無此規定。實則，實務上亦存在習慣法破除成文法之例，瑞士民法註釋書中均記載，依瑞士舊債務法第873條，股份公司（*Aktiengesellschaft*）不得以尚生存之自然人姓名為其公司名稱，惟商業實務反其道而行，終使商業登記單位屈服，並促成債務法第950條第2項之修正，參閱Max Gutzwiller (Hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. II, 1967, § 13, S. 105-106. Egger (Fn. 21), Rn. 24 並指出，瑞士民法第1條之存在，意謂著瑞士立法者對於其自身作為唯一之法源採取懷疑、批判立場，從而該條規定絕非出於承認說，憲法應在縱無國家立法承認之情況下亦應承認習慣法之效力。

291 在德國學說方面，類似於我國民法第1條之規定並不存在，習慣法在效力位階上與實定法並駕齊驅，為通行之見解。在此僅舉兩份論著為例：(1) Ludwig Kuhlenbeck於1898年、德國民法典即將施行前所撰寫之民法通論性著作——從潘德克頓至德國民法典（參閱Ludwig Kuhlenbeck, *Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. I, 1898, S. 8-10.）——中提到，鑑於第一草案第2條之修正歷程（參閱前註19），足見德國民法典就習慣法如何形成未設任何規

釋即可達成容留習慣法空間之效果一而在於權力機關（特別是法院）在選擇成文法或習慣法時，究竟應採取何種標準，在此經常無可避免地必須面對價值及政策之考量。然而，藉由反推漢人或原住民面對西方市民法傳統之處境，其主要關懷在於將族群視為主體，正如同Brie或其他文獻論及德意志民族之於羅馬法時，多以繼受「外來」(fremd)法稱之。Brie著作可貴之處在於其呈現，依族群對於法之意識之不同，其就形成習慣法之要求亦有所不同，例如德意志民族特別強調習慣之源遠流長，教會法傳統則著重是否與聖經之真理相符。據此，所謂「法之確信」作為形成習慣法之要素，即不應強做國族(Nation)中心主義式之理解，例如將法之確信理解為族群認為某項法律文句具有得強制加以貫徹之法律拘束力云云²⁹²。此種理解，仍不免於將法等同於國家之命令或意志，未必與個別族群之法意識相契合。更何況，將法等同於國家之命令或意志，經常意味著習慣法之終結。德國當代關於習慣法之文獻集中在「法官法是否為習慣法」或「現代之習慣法是否僅存法官法」之問題，即為例證²⁹³。

定，而歸學說及實務之發展；習慣法應具備理性(Rationalität)，然此處之理性絕非指不違反成文法，從而，縱使就成文法之理解或解釋發生錯誤，無礙於習慣法之形成；從法律史來看，許多起初對於法律之錯誤解釋，積非成是地成為具有習慣法效力之權威解釋；(2) 前述基本立場，在約末半個世紀後由Enneccerus/Nipperdey撰寫之權威性民法總則教科書(Enneccerus/Nipperdey (Fn. 7), § 40, S. 164-165)中，並無改變：慣行縱係出自對於成文法之誤解，無礙於習慣法之發生，蓋只要有樹立一項法條之實際需求存在，縱使是誤解也成為慣行之原因；重要的習慣法，例如羅馬法之繼受，至少可部分歸功於誤解；從而縱使成文法禁止，只要慣行彰顯一般之法效意思，習慣法仍可產生，因此習慣法有變更或破除成文法之效力。Enneccerus/Nipperdey甚至抨擊承認說之立場係錯誤且帶有政治目的，亦即意圖由國家壟斷造法之大權(Enneccerus/Nipperdey (Fn. 7), § 38, S. 158)。關於立法者之同意，並請參見前註207。

292 採此理解者，陳瑋佑，原住民族傳統「習慣」於民事司法上之適用與證明，臺大法學論叢，46期特刊，頁1218（2017年）。

293 參閱Schröder (Fn. 7), S. 219 ff.

Brie所介紹之各時期或各流派之習慣法理論，自現代之觀點，多有值得參考者。其一，習慣法之形成或成文法因長久未受遵守而失效（*desuetudo*），均須符合習慣法之成立要素（意思合致 *consensus* 加上慣行 *consuetudo*），當中所彰顯之重要思想，即賦予習慣法效力之基礎為社會之認同與接納。準此，慣行係社群成員參與法之形成之方式。類似於現代之民主立法程序，習慣法之形成——正如同後註釋法學派者所觸及——亦面臨多數決之問題。在法之形成上，愈多地參與，欲能正當化規範拘束其成員。其次，統治者之權利行使必須尊重族群之習慣性規範。由前述中世紀之習慣法理論可知，對於與教皇或皇帝頒佈之法令相違之習慣法，毋寧在相當範圍內以「默示承認」（*tacitus consensus*）之法律技術承認其效力；對於欲革除之習慣，則採取個案認定之方式，而非一概地否認其效力，如此一方面達成法律體系形式上之一體性，他方面則實際發揮法律避免紛爭、維護和平之功能。

參考文獻

1. 中文部分

- Immanuel Kant著，李明輝譯注（2016），道德形上學，臺北：聯經。[Kant, Immanuel (1919), *Metaphysik der Sitten*, 3. Aufl., Leipzig: Felix Meiner.]
- 王伯琦（1992），民法總則，臺北：國立編譯館。
- 王澤鑑（2014），民法總則，增訂新版，臺北：自版。
- 吳從周（2013），論習慣法作為民法的法源——以習慣法的內涵演變與空洞化現象之觀察為中心，收於：民事法學與法律方法（五）——法源理論與訴訟經濟，頁27-41，臺北：自版。
- （2013），試論判例作為民法第1條之習慣法——為我國判例制度而辯護，收於：民事法學與法律方法（五）——法源理論與訴訟經濟，頁43-117，臺北：自版。
- 李太正、王海南、法治斌、陳連順、黃源盛、顏厥安（2014），法學入門，15版，臺北：月旦。
- 李建良（2017），導論：憲政主義與人權理論的移植與深耕——兼從形式平等與實質平等的語辨闡析比較憲法學方法論的諸課題，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務（九），頁1-104，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 周伯峰（2015），論一八一四年Thibaut與Savigny間關於民法法典化的爭議，月旦法學雜誌，247期，頁113-131。
- 陳協奇（2013），習慣法之研究——以民法第一條為中心，東吳大學法律學系碩士論文。
- 陳瑋佑（2017），原住民族傳統「習慣」於民事司法上之適用與證明，臺大法學論叢，46期特刊，頁1203-1255。

戴東雄（1999），中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法，2版，臺北：自版。

2. 外文部分

Baldus, Christian (2011), Anspruch und Verjährung – Geschichte und System, in: Remien (Hrsg.), Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewährung und Reform, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 5-28.

Becker, Hans-Jürgen (1999), Spuren des kanonischen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg: C. F. Müller, S. 159-169.

Bleicken, Jochen (1975), Lex publica – Gesetz und Recht in der römischen Republik, Berlin/New York, NY: de Gruyter.

Brie, Siegfried (1899), Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, Breslau: Verlag von M. & H. Marcus.

——— (1905), Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht, in: Breslauer juristische Fakultät (Hrsg.), Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum, Breslau: Verlag von M. & H. Marcus, S. 129-164.

Coing, Helmut (1985), Europäisches Privatrecht, Bd. I, München: C. H. Beck.

Dilcher, Gerhard (2008), Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, in: Kannowski/Schulze/Lepsius (Hrsg.), Normen zwischen Oralität und Schriftkultur – Studien zum mittelalterlichen Rechtsbegriff und zum langobardischen Recht, Köln/Weimar/Wien: Böhlau, S. 33-84.

Egger, August (1930), in: Egger/Escher/Haab/Oser (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl., Zürich: Schulthess, Einleitung, Artt. 1-10, Das Personenrecht, Artt. 11-89.

- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl (1952), Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Firsching, Karl (1987), Einführung in das internationale Privatrecht, 3. Aufl., München: C. H. Beck.
- Flume, Werner (1975), Gewohnheitsrecht und römisches Recht, in: Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 201, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 4-41.
- Gutzwiller, Max (Hrsg.) (1967), Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel/Stuttgart: Helbing and Lichtenhahn.
- Haferkamp, Hans-Peter (2004), Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- (2010), Die sogenannte Begriffsjurisprudenz, in: Depenheuer (Hrsg.), Reinheit des Rechts, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 79-99.
- Hausmaniger, Herbert/Selb, Walter (2001), Römisches Privatrecht, 9. Aufl., Wien/Köln/Weimar: Böhlau.
- Helmholz, Richard H. (1996), Kanonisches Recht und europäische Rechtskultur, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kannowski, Bernd (2003), „is sint nicht vil wort die eynen man schuldig machen“, in: Cordes/Rückert/Schulze (Hrsg.), Stadt – Gemeinde – Genossenschaft: Festschrift für Gerhard Dilcher zum 70. Geburtstag, Berlin: Erich Schmidt, S. 45-66.
- Kaser, Max (1971), Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl., München: C. H. Beck.
- Kaser, Max/Knützel, Rolf (2008), Römisches Privatrecht, 19. Aufl., München: C. H. Beck.
- Kegel, Gerhard (1977), Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München: C. H. Beck.

- Krause, Hermann/Gerhard, Köbler (2012), „Gewohnheitsrecht“, in: Cordes/Harferkamp/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand/Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. II: Geistliche Gerichtsbarkeit–Konfiskation, Berlin: Erich Schmidt Verlag GmbH, Sp. 364-375. Online verfügbar unter <https://www.hrgdigital.de/HRG.gewohnheitsrecht>.
- Kuhlenbeck, Ludwig (1898), Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Berlin: Carl Heymanns.
- Landau, Peter (1991), Die Theorie des Gewohnheitsrechts im katholischen und evangelischen Kirchenrecht des 19. und 20. Jahrhunderts, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung 77, S. 156-196.
- (1994), Das Gewohnheitsrecht im Staatskirchenrecht, in: Listl/Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik, Bd. I, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot GmbH.
- Meder, Stephan (2005), Rechtsgeschichte: eine Einführung, 2. Aufl., Köln: Böhlau.
- (2009), Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Meier-Hayoz, Arthur (1966), in: Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Privatrecht, Bern: Stämpfli, Einleitung Artt. 1-10.
- Mokre, Hans (1932), Theorie des Gewohnheitsrechts – Problementwicklung und System, Berlin/Heidelberg: Springer.
- Mugdan, Benno (1899), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutschen Reich, Bd. I, Berlin: Decker.
- Pahud de Mortanges, René (2007), Schweizerische Rechtsgeschichte, Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.

- Prütting, Hanns (2016), in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 1, 5. Aufl., München: C. H. Beck, § 293.
- Puchta, Georg Friedrich (1828), Das Gewohnheitsrecht, Bd. I, Erlangen: Palm'sche Verlagsbuchhandlung.
- Ross, Alf (1929), Theorie der Rechtsquellen, Wien: Scientia Verlag Aalen.
- von Savigny, Friedrich Carl (1815), Über den Zweck dieser Zeitschrift, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 1, S. 1-17.
- (1840), System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin: Veit.
- (1850), Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. V, 2. Aufl., Heidelberg: J.C.B. Mohr.
- (1850), Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. VI, 2. Aufl., Heidelberg: J.C.B. Mohr.
- (2002), Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), in: Hattenhauer (Hrsg.), Thibaut und Savigny – Ihre programmatischen Schriften, München: Franz Vahlen, S. 61-127.
- Schlosser, Hans (2001), Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte – Rechtentwicklungen im europäischen Kontext, 9. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Schröder, Jan (2007), Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen 1850 und 1930, in: Haferkamp/Reppen (Hrsg.), Usus modernus pandectarum, Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit, Klaus Luig zum 70. Geburtstag, Wien: Bohlau, S. 219-244.
- (2012), Recht als Wissenschaft, 2. Aufl., München: C. H. Beck.
- Schulz, Fritz (1961), Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger.

- Thibaut, Anton Friedrich Justus (2002), Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Recht (1814), in: Hattenhauer (Hrsg.), Thibaut und Savigny – Ihre programmatischen Schriften, München: Franz Vahlen, S. 37-59.
- Vesting, Thomas (2007), Rechtstheorie, München: C. H. Beck.
- Wieacker, Franz (1967), Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- (1988), Römische Rechtsgeschichte, 1. Abschnitt, 1988, München: C. H. Beck.
- Wolter, Udo (1975), Ius canonicum in iure civili, Köln: Böhlau-Verlag.
- von Wretschko, Alfred (1900), Rezension zu Brie, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung 21, S. 256-272.
- Wu, Tzung-Mou (2016), Western Legal Traditions for Laying Down Taiwan's Indigenous Custom in Writing, Rechtsgeschichte – Legal History Rg 24, S. 222-233.
- Zimmermann, Reinhard (1992), Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ, S. 8-20.

Formation, Recognition and Effect of Customary Law:

Siegfried Brie's *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht (The Theory of Customary Law)*

*Sung-Mao Huang**

Abstract

The Taiwanese literature on the doctrine of customary law is heavily influenced by the historical school of law, which emphasizes the role of the *Volkesgeist* (the conviction of people). This article introduces Siegfried Brie's "Die Lehre vom Gewohnheitsrecht (*The Theory of Customary Law*)," a classic in the German literature on the history of customary law that is underappreciated in Taiwan. Published at the time when the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) was taking into effect, this book traces the development of customary law from the classical Roman law to the Middle Ages. The basic argument of Brie is that the medieval jurists were not against customary law as stated by Puchta; rather, glossator, postglossator and canon law had all developed their own customary law theories within their respective areas. According to the observation of Brie, the subjects for the development of customary law are not people (*Volk*) from the Romantic ideal. Tribes, countries, towns, guilds, provinces, feudal territories, the entire empire, or even individual churches or the whole Church hierarchy are all possible subjects of customary law lawmaking. Customary law is not accepted through national spirit, but is a fact of living, which lasts for a certain period of time and influences a specific place and/or a group of people. Moreover, the *ius commune* and the

* Assistant Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

native law are not completely divisible. The German jurists in the Middle Ages also had not rejected the inherent customary law after the reception of Roman law. They borrowed the conceptual instrument of Roman law and canon law when developing their native law.

KEYWORDS: custom, customary law, Roman law, glossator, canon law, German law in the Middles Ages, prescription.